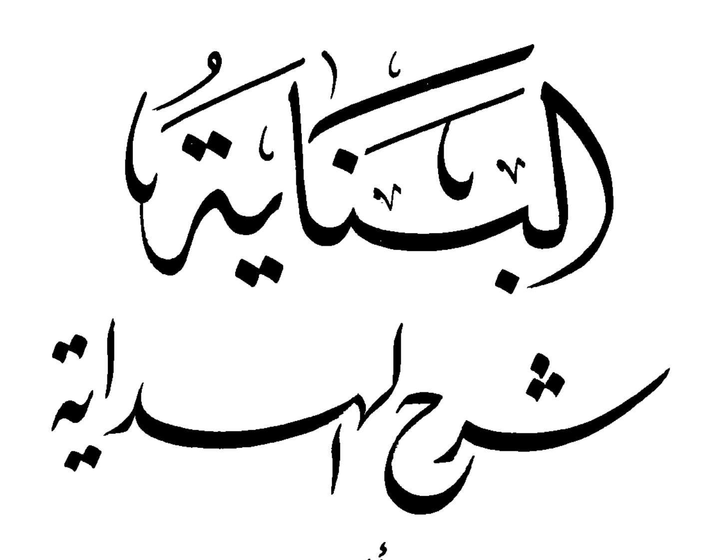


البناية شرح الهداية

تأليف

محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن الحسين

المعروف ببدر الدين العيني الحنفي

المتوفى سنة ٨٥٥ هـ

تحقيق

أيمن صالح شعبان

مدير مركز تحقيق النصوص

الجزء الثامن

منشورات

محمد علي بيضون

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

الطبعة الأولى

١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف - شارع البحتري - بناية ملكارت
هاتف و فاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤١ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق البريد : ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH

Beirut - Lebanon

Address : Ramel al-Zarif,Bohtory st.,Melkart bldg., 1st Floor
Tel + Fax : 00 (961 1) -378541 - 366135 - 364398
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon

ISBN 2-7451-2210-X



http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

كتاب البيوع

م: (كتاب البيوع)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام البيوع وهو جمع بيع ، وإنما ذكره بالجمع لأن تحته أنواع على ما يأتي ، وهو في اللغة عبارة عن تمليك المال بالمال وكذا في الشرع لكن زيد فيه قيد التراضي ، فقيل هو في الشرع عبارة عن مبادلة المال بالمال على وجه التراضي ، وفي النهاية هو من الأضداد ، ويقال باع الشيء إذا شراه أو اشتراه ، ويتعدى إلى المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر ، يقال باعه الشيء وباعه منه ، انتهى .

ثم يحتاج إلى معرفة جوازه وسببه وركنه وشرطه وحكمه وأنواعه .

فدليل جوازه الكتاب وهو قوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (البقرة: الآية ٢٧٥) ، والسنة وهو قوله عليه السلام : « **يا معشر التجار إن بيعكم هذا يشوبه اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة** »[١] . رواه أبو داود من رواية قيس بن أبي عذرة . وفي رواية الترمذي عنه خرج علينا رسول الله ﷺ ونحن نسمَّى السماسرة فقال: «**يا معشر التجار إن الشيطان والإثم يحضران البيع ، فشوبوا بيعكم بالصدقة** » وقال: حديث حسن صحيح . وإجماع الأمة ، فإنه منعقد على جواز البيع ، وقد بعث رسول الله ﷺ والناس يتبايعون فقررهم على ذلك .

وأما سببه فتعلق البقاء المقدور بتعاطيه .

وأما ركنه فالإيجاب والقبول على ما يأتي .

وأما شرطه فأنواع : منها في العاقد ، وهو أن يكون عاقلاً مميزًا ، ومنها في الآلة وهو أن يكون بلفظ الماضي ، ومنها في المحل وهو أن يكون مالاً متقومًا ، وأن يكون مقدور التسليم ، ومنها التراضي . ومنها شرط النفاذ ، وهو الملك أو الولاية .

وأما حكمه : فملك البائع الثمن والمشتري المبيع .

وأما أنواعه : بيع المقايضة وهو بيع العين بالعين ، وبيع العين بالدين ، وبيع الدين بالدين ، وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق كبيع الدراهم والدنانير بالدراهم والدنانير ، وهو بيع الصرف وبيع الدين بالعين ، وهو السلم فإن المسلم فيه مبيع ، وهو دين ، وبيع المرابحة ،

---

(١) رواه أبو داود (٣/ ٢٤٢) ، وابن ماجة (٢/ ٧٢٦) ، والنسائي (٧/ ١٤) ، وأحمد (٤/ ٦) ، من طريق أبي وائل عن قيس بن أبي عذرة -رضي الله عنه- . قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، قلت: وهو كما قال- رحمه الله - .

قال : البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي ، مثل أن يقول أحدهما: بعت ، والآخر: اشتريت ، لأن البيع إنشاء تصرف والإنشاء يعرف بالشرع ، والموضوع للإخبار قد استعمل فيه فينعقد البيع به ،

وبيع التولية ، وبيع الوضيعة ، وبيع الاستبضاع ، والبيع بالخيار .

فإن قلت : ما المناسبة بين كتاب البيع وبين كتاب الوقف حتى ذكره عقيب الوقف .

قلت : المناسبة من حيث إن في كل منهما معنى إزالة الملك ، ففي الوقف يزول الملك عن الواقف بعد حكم الحاكم ، من غير أن يدخل في ملك الموقوف عليه ، وفي البيع يزول الملك عن البائع ، ويدخل في ملك المشتري ، فكان الوقف كالمفرد والبيع كالمركب والمفرد سابق على المركب ، فلذلك أخر ذكر البيع عنه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري في «مختصره» : م: (**البيع ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضي**) ش: هذا لفظ القدوري ، وقال المصنف : م: (**مثل أن يقول أحدهما : بعت ، والآخر: اشتريت**) ش: والمراد من الانعقاد انضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل شرعًا ، والإيجاب : عبارة عما صدر عن أحد العاقدين أولاً ، سمي به لأن الإيجاب نقيض السلب ، وهو الإثبات ، والمتكلم منهما أولاً بقوله بعت أو اشتريت يريد إثبات العقد بشرط أن ينضم إليه قبول الآخر .

وسمي به لأن قوله : بعت أو اشتريت فعل ، والفعل صرف والتمكن من الإمكان إلى الوجوب ، وكان قوله بعت أو اشتريت إيجابًا لأنه قبل التلفظ به كان في حيز الإمكان ، فصار بعد التلفظ واجب الوجود لغيره ، ثم سمي كلام الآخر قبولا لما أوجبه الآخر ، وإن كان هو أيضًا إيجابًا في الحقيقة حتى يمتاز السابق من كلام العاقدين من اللاحق .

م: (**لأن البيع إنشاء تصرف**) ش: الإنشاء إثبات أمر لم يكن ، ويراد به الإيجاد للحال ومعنى قوله : إنشاءأن هذا التصرف إنشاء ، لأن المبادلة ما كانت ثابتة وقد ثبتت بعد صدور اللفظين ، فيكون إنشاء م: (**والإنشاء يعرف بالشرع**) ش: لا من حيث الحقيقة كالأكل وغيره ، فإنه إنشاء حقيقة ، فإذا احتاج المكلف إليه لا بد من استعمال لفظ يدل عليه .

والشرع قد استعمل الموضوع للإخبار لغة في الإنشاء والواضع ما وضع للإنشاء لفظًا خاصًا ، فيجوز بالشرع استعمال اللفظ الذي وضع للإخبار عن الماضي للإنشاء دفعًا لحاجته ، وهو معنى قوله : م: (**والموضوع للإخبار**) ش: وهو لفظ بعت واشتريت م: (**قد استعمل فيه**) ش: أي في الإنشاء، فإذا كان كذلك م: (**فينعقد البيع به**) ش: أي بهذا اللفظ الموضوع للإخبار الذي استعمل في الإنشاء ، وإنما خص بهذه اللفظة المناسبة بين الإنشاء والإخبار ، لأن الإنشاء تحقيق

ولا ينعقد بلفظين: أحدهما لفظ المستقبل والآخر بلفظ الماضي بخلاف النكاح ، وقد مر الفرق هناك ، وقوله : رضيت بكذا ، أو أعطيتك بكذا ، أو خذه بكذا في معنى قوله : بعتُ واشتريت ؛ لأنه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ،

الشيء .

والإخبار يستدعي تحقيق المخبر به سابقًا ، ليصح الكلام حكمة وعقلاً ، فصار الوجود حقًا له بمقتضى الحكمة ، فإذا وجد الإنشاء والإيجاد يختار اللفظ الذي يلزمه الوجود ، يعني لفظ الإخبار عن الماضي ، وهو أن يقول أحدهما : بعت والآخر يقول اشتريت ، أما إذا قال : أبيع منك أو قال المشتري : بعني لم ينعقد البيع لأن الأول عده مساومة وإليه أشار المصنف بقوله :

م: (**ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ المستقبل والآخر بلفظ الماضي**) ش: أي أحد اللفظين لفظ المستقبل ، مثل أبيع منك ، أو لفظ بعني كما ذكرنا ، وقيل : هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلا بدون نية الإيجاب في الحال ، وأما إذا كان المراد ذلك فينعقد البيع ، كذا ذكر الطحاوي ، لأن قوله : أبيع منك أو بعني وضع للحال وفي وقوعه للاستقبال ضرب تجوز ، كذا أورده السيرافي في شرح الكتاب .

م: (**بخلاف النكاح**) ش: يعني أنه ينعقد بذلك فإن أحدهما إذا قال : زوجني فقال الآخر : زوجتك فقد انعقد م: (**وقد مر الفرق هناك**) ش: أي مر الفرق بين البيع والنكاح في كتاب النكاح ، وأشار به إلى ما قال ثمة بقوله : لأن هذا توكيل بالنكاح ، والواحد يتولى طرفي النكاح .

م: (**وقوله**) ش: أي قول المشتري م: (**رضيت بكذا**) ش: في قول البائع بعت م: (**أو أعطيتك بكذا**) ش: أي قول االبائع أيضًا في جواب قول المشتري : اشتريت بكذا من الدراهم م: (**أو خذه بكذا ، في معنى قوله : بعت واشتريت**) ش: فيقول في بعني بعت يرجع إلى قول المشتري أخذت ، وقوله اشتريته يرجع إلى قول المشتري في جواب قوله للبائع أعطيتك بكذا ، أو أخذت بكذا وكذا لو قال المشتري : قبلت أو رضيت أو أجزت ، وما أشبه ذلك .

ولا فرق بين أن يكون البادئ البائع أو المشتري ، والحاصل أن انعقاد البيع لا ينحصر في لفظ بعت أو اشتريت ، بل كل ما دل على ذلك ينعقد به م: (**لأنه يؤدي معناه**) ش: أي لأن قوله رضيت إلى آخره يؤدي معنى قوله بعت واشتريت ، فإن معنى الإعطاء والأخذ يتضمن معنى البيع ، لأن الأمر بالأخذ بالبدل يستدعي سبق البيع م: (**والمعنى هو المعتبر في هذه العقود**) ش: أي في هذه العقود الشرعية .

ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس وهو الصحيح لتحقق المراضاة .

واحترز به عن الطلاق والعتاق ، فإن اللفظ فيهما يقام مقام المعنى ، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة ، وفي «الإيضاح» هذا أصل لنا في جميع العقود ، إلا ما روي عن أبي حنيفة أن المفاوضة لا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة ، لأن هذا العقد يشتمل على معان وشروط ، والعوام لا يمكنهم استيفاء ذلك حتى لو استوفى بلفظ آخر جاز .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل أن المعنى هو المعتبر في العقود م: (**ينعقد**) ش: أي البيع م: (**بالتعاطي**) ش: وهو أن البائع يعطي المبيع ، ولا يتلفظ بشيء ، والمشتري يعطي الثمن كذلك م: (**في النفيس والخسيس**) ش: قال الأترازي : النفيس هو الذي يكثر ثمنه كالعبد ونحوه ، و[الخسيس] ما يقل ثمنه كالبقل والرمانة والخبز واللحم ونحو ذلك .

وقال الكاكي : الخسيس ما يكون قيمته دون نصاب السرقة ، والنفيس ما يكون قيمته مثله أو فوقه م: (**وهو الصحيح**) ش: احترز به عن ماروي عن الكرخي : أن البيع بالتعاطي إنما ينعقد بالأشياء الخسيسة دون النفيسة ، وعامة المشايخ لم يفرقوا بينهما والمشهور من مذهب الشافعي - رضي الله عنه - أن البيع لا ينعقد بالتعاطي .

وقال مالك : ينعقد البيع بكل ما يعده الناس بيعًا ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي - رضي الله عنه - م: (**لتحقق المراضاة**) ش: يعني من الجانبين .

وفي «الإيضاح » انعقاد البيع يكون بالألفاظ وبالتعاطي ، فالألفاظ كل لفظين ينبئان عن معنى التمليك بصيغة الماضي أو الحال ، دون الأمر والمستقبل ، وفي جميع النوازل قال : أتبيعني عبدك بألف ؟ باستفهام ، فقال : نعم فقال : أخذته ، فهو بيع لازم .

وفي «شرح الأسبيجابي » لو قال : أبيع منك هذا ، أو أعطيتكه ، فقال : اشتريته بكذا ونوى الإيجاب للحال ، ينعقد البيع .

وفي « فتاوى قاضي خان» اشتريت منك بألف ، فقال : فعلت أو نعم أو هات الثمن ، صح وإلا فلا ، وكذا الإقالة ، وفي المحيط : سماع المتعاقدين الإيجاب والقبول شرط للانعقاد، ولو سمع أهل المجلس وقال البائع : لم أسمعه وليس به وقر لم يصدق . ولو قال : كل هذا الطعام بدرهم لي عليك ، فأكل تم البيع ، وأكله حلال والأكل والركوب واللبس بعد قول البائع بعت ، رضى بالبيع ، ولو قال : وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا فبيع بالإجماع ، ولو قال : إن أديت ثمنه فقد بعته منك فأداه ثمنه في المجلس صح استحسانًا ولو قال : هو لك بكذا إن وافقك ، أو قال : إن أعجبك أو إن أردت ، فقال : وافقني أو أعجبني أو أردت جاز ،ولو قال : وبعته من فلان غائب فحضر الغائب في المجلس وقال :

قال : وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع ، فالآخر بالخيار ، إن شاء قبل في المجلس ، وإن شاء رد . وهذا خيار القبول لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم البيع من غير رضاه ، وإذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب أن يرجع عنه قبل قبوله لخلوه عن إبطال حق الغير ، وإنما يمتد إلى آخر المجلس

اشتريت صح ، ولو قال لرسوله فبلغه فقال : اشتريت صح ، والواحد لا يتولى طرفي العقد إلا الأب يشتري مال ولده الصغير لنفسه ، أو الوصي مال اليتيم لنفسه ، أو القاضي بأمره أو العبد نفسه من مولاه بأمره . وفي «أجناس الناطقي» لو قال : بكم تبيع قفيز حنطة ، فقال: بدرهم ، فقال : اعزله فعزله ، فهو بيع ، وكذا لو قال مثله للقصاب فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع من دفع الثمن وأخذ اللحم أو امتنع القصاب من دفع اللحم أجبره القاضي عليه ، وعن محمد أن بيع التعاطي كما يثبت بقبض البدلين يثبت بقبض أحدهما ، وقال صدر القضاة وغيره: إن بيع التعاطي بيع وإن لم يوجد تسليم الثمن .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ، إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد**) ش: انتهى إلى هنا كلام القدوري ، ومعنى أوجب أثبت وحقق بأن قال : بعت ، أو قال : اشتريت ، والمراد بالإيجاب ما يبدي من لفظه بعت أو اشتريت أو ما يقوم مقامهما .

قال المصنف : م: (**وهذا خيار القبول**) ش: أي الخيار الذي ذكره القدوري خيار القبول م: (**لأنه**) ش: أي لأن أحد المتعاقدين م: (**لو لم يثبت له الخيار ، يلزمه حكم البيع من غير رضاه**) ش: فيكون مجبوراً ، فينتفي التراضي فما فرضته بيعًا لم يكن بيعًا ، وهذا خلف م: (**وإذا لم يفد الحكم**) ش: أي إذا لم يفد إيجاب أحدهما الحكم م: (**بدون قبول الآخر ، فللموجب**) ش: أي البائع أو المشتري م: (**أن يرجع عنه قبل قبوله**) ش: قبل قبول الآخر م: (**لخلوه عن إبطال حق الغير**) .

ش: فإن قلت : يثبت للمشتري حق التملك بقول البائع ، فيكون الرجوع إبطالاً ، قلت : هذا الحق ثبت له من جهة البائع فيكون له إبطال ما أثبت .

فإن قيل : يشكل بما إذا عجل الزكاة إلى الساعي قبل الحول حيث لا يجوز له حق الاسترداد لتعلق حق التملك للفقير .

أجيب : بأن الأصل موجود وهو النصاب ، والوصف ثابت وهو النماء ، فلا يرجع لأجل فوات الأصل ، ولا كذلك ها هنا ، لأن الأصل ما وجد بل وجد شطره فلا يكون البيع موجوداً .

م: (**وإنما يمتد إلى آخر المجلس**) ش: هذا يجوز أن يكون جوابًا عما يقال ، ما وجه اختصاص

لأن المجلس جامع المتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحـدة دفعًا للعسر وتحقيقًا لليسر ، والكتاب كالخطاب ، وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة .

خيار الرد والقبول بالمجلس ، ولم لا يبطل الإيجاب عقب خلوه عن القبول ، أو يتوقف على ما وراء المجلس ؟ وتقريب الجواب أن امتداده إلى آخر المجلس م: (**لأن المجلس جامع المتفرقات**) ش: كما في الصرف والسلم وخيار المخيرة وقراءة آية السجدة م: (**فاعتبرت ساعاته**) ش: أي ساعات المجلس م: (**ساعة واحدة**) ش: كما في الأشياء المذكورة .

وإنما فعل كذلك هنا أيضًا م: (**دفعًا للعسر**) ش: أي لأجل دفع العسر عن البائع والمشتري جميعًا ، أما عن المشتري فلأن في إبطاله قبل انقضاء المجلس عسراً له ، وأما عن البائع فلأن في إبقائه فيما وراء المجلس عسراً له وفي التوقف على المجلس يسر لهما جميعًا ، وأشار إليه بقوله : م: (**وتحقيقًا لليسر**) ش: أي ولأجل تحقيق اليسر في حقهما .

فإن قيل: فلم يكن الخلع والعتق على مال كذلك. قلنا: فإنهما اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى ، فكان ذلك مانعًا عن الرجوع في المجلس فيتوقف الإيجاب فيهما على ما وراء المجلس .

م: (**والكتاب كالخطاب**) ش: إذ الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر ، فإن النبي ﷺ كان يبلغ تارة بالكتاب ، وتارة بالخطاب ، فلو لم يكن الكتاب كالخطاب لم يكن النبي ﷺ مبلغًا به ، قاله تاج الشريعة .

وصورة الكتابة أن يكتب إلى رجل : أما بعد فقد بعت عبدي فلانًا منك بكذا ، فلما بلغه الكتاب وقرأ وفهم ما فيه وقبل في المجلس صح البيع م: (**وكذا الإرسال**) ش: أي وكذا الإرسال كالخطاب ، صورته أن يقول الرجل : اذهب إلى فلان وقل له : إن فلانًا باع عبده فلانًا منك بكذا فجاءه الرسول وأخبره بما قال فقال فلان في مجلسه ذلك : اشتريت أو قبلت ، تم البيع ، وعند الشافعي- رضي الله عنه - ينعقد في صورة الكتابة على أصح الوجهين إذا كانت مقرونة بالنية وفي وجه لا ينعقد ، وبالرسالة ينعقد كما في الكفالة ، كذا في «شرح الوجيز » .

وفي « الحلية » : لو كتب إليه بيع سلعة منه لم يصح في أصح الوجهين . وفي «المجتبى » : يصح الرجوع عن الرسالة ، ولو بلغه الرسول بغير أمره فقال : اشتريت لم يجز . ولو كتب إليه يعني بكذا فوصل إليه فكتب إليه بعتك لم يتم ، ما لم يقل الكاتب : اشتريت ، ولو كتب إليه اشتريت بكذا فكتب إليه بعت تم البيع ، ولو قال : بعته من فلان الغائب وحضر الغائب في المجلس وقبل صح .

م: (**حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة**) ش: هذا نتيجة قوله والكتاب كالخطاب

وليس له أن يقبل في بعض المبيع ، ولا أن يقبل المشترى ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة إلا إذا بين ثمن كل واحد ؛ لأنه صفقتان معنى .

وكذا الإرسال وقوله- حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب- يرجع إلى قوله-والكتاب كالخطاب - وقوله - وأداء الرسالة، يرجع إلى- قوله- وكذا الإرسال- .

وفي «شرح الطحاوي » بعدما كتب شطر العقد أو بعدما أرسل رسولاً إذا رجع عن ذلك صح رجوعه سواء علم الرسول أو لم يعلم ، بخلاف ما إذا وكل وكيلاً ثم عزله بغير محضر منه ، فلا يصح عزله .

وفي « التحفة » وعلى هذا الجواب في الإجارة والهبة والكتابة ، وأما في الخلع والعتق على مال فإنه يتوقف شطر العقد على قبول الآخر في ذلك المجلس بالإجماع ، فإن من قال خالعت امرأتي فلانة الغائبة على ألف درهم فبلغها الخبر فأجازت أوقبلت صح . وكذا لو قال : أعتقت عبدي فلان الغائب بألف درهم فإنه يتوقف على إجازة العبد، فأما في جانب المرأة والعبد لا يتوقف إذا كان الزوج والمولى غائبين ، وأما في النكاح فلا يتوقف الشطر عند أبي حنيفة ومحمد، وعلى قول أبي يوسف يتوقف .

وتفسير ما قال في «شرح الطحاوي » : وهو أن يقول الرجل للشهود: إني قد تزوجت فلانة بكذا فبلغها الخبر فأجازت ، أو قالت المرأة : بكذا فبلغ الزوج الخبر فأجاز لا يجوز عندهما، ويجوز عند أبي يوسف .

وفي البيع لا يتوقف بالإجماع ، وقال شمس الأئمة السرخسي في كتاب النكاح من « المبسوط » : كما ينعقد النكاح بالكتاب ينعقد البيع وسائر التصرفات بالكتاب أيضًا.

م: (**وليس له**) ش: أي للبائع م: (**أن يقبل في بعض المبيع**) ش: يعني إذا أوجب المشتري في شيء ، فليس للبائع أن يقبل في بعض م: (**ولا أن يقبل المشترى**) ش: بفتح الراء أي المبيع م: (**ببعض الثمن**) ش: يعني أن البائع إذا أوجب في شيء بأن قال : بعته بألف ، فقال المشتري : قبلت بخمسمائة فليس له ذلك م: (**لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة**) ش: فإن من عادة الناس ضم الرديء إلى الجيد في البياعات ليروج الرديء بالجيد .

فلو ثبت خيار القبول في أحدهما فالمشتري يقبل العقد في الجيد ويترك الرديء على البائع فيزول الجيد عن ملكه بأقل من ثمنه ، وفيه ضرر للبائع ، فكان تفريق الصفقة مستلزمًا للضرر ، وفي «المغرب» : الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع ثم جعلت عبارة عن نفس العقد .

م: (**إلا إذا بين**) ش: أي البائع م: (**ثمن كل واحد لأنه صفقتان معنى**) ش: أي لأن البيع الذي فيه بيان ثمن كل واحد صفقتان من حيث المعنى .

أيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب ،

وقال الكاكي : ومراده إذا تكرر لفظ البيع بأن قال : بعت هذا بكذا ، لأن به تتعدد الصفقة لا ببيان ثمن كل واحد ، فإنه لو قال : بعتهما بألف هذا بخمسمائة وهذا بخمسمائة فقبل أحدهما لا يصح ، كذا في «المبسوط».

وفي «الكافي» : لو قال : بعتك هذين فقبل أحدهما ، أو قال لرجلين بعتكما هذا العبد فقبل أحدهما لم يجز للزوم تفريق الصفقة ، ولو قال : بعتك هذين هذا بمائة وهذا بمائة للمشتري أن يقبل أيهما شاء لأن البائع فرق .

وفي « المحيط » : ولو كان الثمن متفرقًا ينظر إن اتحد الإيجاب والقبول فالصفقة متحدة وإن تفرق الإيجاب والقبول فالصفقة متفرقة ، وإن تفرق الإيجاب واتحد القبول أو على عكسه ، فالصفقة متفرقة قيل هذا عندهما ، وأما عند أبي حنيفة متحدة .

م: (**وأيهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الإيجاب**) ش: هذا لفظ القدوري في «مختصره».

وقال الأكمل : هذا متصل بقوله : إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رد ، وهو إشارة إلى أن رد الإيجاب تارة يكون صريحًا وأخرى دلالة ، فإن القيام دليل الإعراض والرجوع ، والدلالة تعمل عمل الصريح .

فإن قيل : نعم هذا إذا لم يوجد صريح يعارضه ، وها هنا لو قال بعد القيام : قبلت وجد الصريح فيرجح على الدلالة ، **أجيب** بأن الصريح إنما وجد بعد عمل الدلالة فلا يعارضها .

وقال الكاكي : قوله أيهما قام ذكر على وجه التعميم على المتعاقدين احترازًا عن إيجاب الخلع والعتق على مال ، فإنه لا يعم المتعاقدين حيث لا يبطل الإيجاب بقيام الزوج والمولى ، بخلاف قيام المرأة والعبد ، وقيل : المراد بالقيام عن المجلس الذهاب عن ذلك المكان لا مجرد الانتصاب وإن كان المذكور في عامة الكتب مطلق القيام ، لأن شيخ الإسلام خواهر زاده ذكره في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان قبل المشتري صح .

وفي قوله : قام عن المجلس دليل على أن الذهاب عنه شرط لأن القيام عنه يتحقق بالذهاب ، أما لو لم يذهب لا يقال : قام عنه بل يقال : قام فيه .

وفي شرح « الطحاوي » وإن تعاقدا عقد البيع وهما يمشيان أو يسيران على دابة واحدة أو دابتين فإن أخرج المخاطب جوابه متصلاً بخطاب صاحبه تم العقد بينهما وإن فصل عنه وإن قل ، فإنه لا يصح وإن كانا على دابة واحدة في محمل واحد ، لأنه لما وجد سيرًا أو مشيًا من أحدهما أو منهما معًا من بين الخطابين وإن قل فقد بطل المجلس ووجد الإعراض قبل تمامه فيبطل .

لأن القيام دليل الإعراض والرجوع ، وله ذلك على ما ذكرناه ، وإذا حصل الإيجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما إلا من عيب أو عدم رؤية . وقال الشافعي: يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام : «المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ».ولنا أن في الفسخ

م: (**لأن القيام دليل الإعراض والرجوع ، وله ذلك**) ش: أي لكل واحد منهما الإعراض والرجوع عما أوجب الموجب قبل قبول الآخر م: (**على ما ذكرناه**) ش: إشارة إلى قوله : لأنه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه إلى قوله : فللموجب أن يرجع لخلوه عن إبطال حق الغير .

م: (**وإذا حصل الإيجاب والقبول**) ش: يعني عن الأصل مضافًا إلى المحل مع شرط النفاذ وهو الملك أو الولاية م: (**لزم البيع ولا خيار لواحد منهما**) ش: أي لأحد المتعاقدين وبه قال مالك .

وفي « شرح الطحاوي» هذا في البيع الصحيح م: (**إلا من عيب أو عدم رؤية**) ش: فإن فيهما الخيار على ما يجيء بيانه إن شاء الله تعالى .

م: (**وقال الشافعي : يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس**) ش: وبه قال أحمد وذكر في كتبهم إذا حصل الإيجاب والقبول انعقد البيع ويثبت لهما الخيار ما لم يتفرقا أو يتخايرا ، وهو أن يقول : أجزنا إمضاء البيع أو فسخه م: (**لقوله عليه السلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا**) ش: هذا الحديث رواه الأئمة الستة عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله ﷺ : « **البيعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا** »[1] . وبلفظ الكتاب رواه النسائي .

م: (**ولنا أن في الفسخ إبطال حق الغير ، فلا يجوز**) ش: لما قال الشافعي : أثبت الشارع لكل واحد من المتبايعين خيار المجلس على ما دل عليه الحديث المذكور ، فعلم أن لكل منهما بعد تمام العقد أن يرد العقد بدون رضى صاحبه ما لم يتفرقا بالأبدان ، قال المصنف : م: (**ولنا أن في الفسخ**) ش: ، أي في فسخ العقد بعد وقوعه إبطال حق الآخر وهو الساكت عن الفسخ، فلا يجوز لعدم رضاه .

والعجب من المصنف أن الخصم مستدل بالحديث الصحيح وهو يستدل بالدليل العقلي ، ثم يحمل الحديث على ما ذكره وكان الواجب أن يستدل بدليل نقلي إما من الكتاب أو السنة ، ثم يستدل بالدليل العقلي ثم يجيب عن حديث الخصم كما فعله غيره على هذا الوجه ، حيث قالوا : ولنا قوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود**﴾ . (المائدة : ١) والبيع عقد يلزم الوفاء به بظاهر الآية فلو كان خيار المجلس ثابتًا لم يكن الوفاء بعقد البيع لازمًا ، وقوله تعالى

---

(١) أخرجه البخاري (٤/ ٣٩٥) ، الفتح .

إبطال حق الغير فلا يجوز ، والحديث محمول على خيار القبول ، وفيه إشارة إليه فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها ،

أيضًا : ﴿ **وأشهدوا إذا تبايعتم** ﴾ (البقرة : الآية ٢٨٢) ندب إلى الإشهاد على العقد توثقة لهما ، وفي ثبوت الخيار يسقط معنى التوثيق فكان فيه إبطال معنى الكتاب .

وقوله عليه الصلاة والسلام : «**المسلمون عند شروطهم** » ، وقد شرطا إمضاء البيع فيلزمهما ، وقوله عليه الصلاة والسلام لحبان بن منقذ : «إذا اشتريت فقل : لا خلابة ولي الخيار» . **فعلم أن** البيع يلزم بالإيجاب والقبول ، وفي إثبات الخيار لأحدهما يلزم إبطال حق الآخر فينتفي بقوله عليه الصلاة والسلام : « **لا ضرر ولا ضرار في الإسلام** »[1] أي لا يضر الرجل أخاه ابتداء ، **لأن** الضرر بمعنى الضر ، وهو يكون من واحد ، والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك ذكره في «المغرب» .

م: (**والحديث محمول على خيار القبول**) ش: لأن سياق الحديث يدل على ذلك لأنهما يسميان متبايعين حقيقة حالة التشاغل بفعل البيع بأن يقول أحدهما بعني ويقول : الآخر بعت ، فيتخير كل منهما بعد ذلك .

أما البائع له الخيار إما أن يثبت على ما قال أو يرجع عنه ، وأما المشتري فله الخيار أيضًا إما أن يقبل أو يرد ما داما في المجلس ، وهذا تأويل قوله عليه الصلاة والسلام م: (**وفيه إشارة إليه**) ش: أي في الحديث إشارة إلى خيار القبول ، وبين ذلك بالفاء التفسيرية بقوله : م: (**فإنهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها**) ش: يعني أن حقيقة اسم المتبايعين لهما حالة التشاغل بالعقد لا بعد الفراغ منه كالمتقابلين والمتناظرين .

وبه نقول إن لكل واحد من المتساومين الخيار ، لأن كونهما متبايعين حالة المباشرة بطريق الحقيقة ، لبقاء قوله بعت ، إلى قوله اشتريت من حيث الشرع فالحقيقة الشرعية بمنزلة الحقيقة لغة ، فيكون ما قلناه حقيقة ، وما قاله الخصم مجازًا باعتبار ما كان ، إذ لو بقي قوله بعد بعت واشتريت بعد التكلم بهما لما جازت الإقالة ، لأن رفع الشيء في حال ثبوته محال ، وهذا لأن البائع والمشتري قد اجتمعا على المبيع ، فإذا تم الإيجاب والقبول فقد تفرقا عما اجتمعا عليه .

فإن قلت : لم لا يجوز أن يكون الإيجاب والقبول شرطًا باقيًا ما داما في المجلس؟ **قلت** : لما ذكرنا من صحة الإقالة فيكون الباقي بمعنى الذي ثبت بالإيجاب والقبول .

---

(١) **صحيح**: روي عن جماعة من الصحابة منهم عبادة بن الصامت وابن عباس وأبي صرمة وأبي سعيد الخدري وأبي هريرة وأبي لبابة وثعلبة بن مالك وعائشة وجابر بن عبد الله . راجع نصب الراية (٤/ ٣٨٤) ، وصحيح ابن ماجة (٢/ ٣٨) .

أو يحتمله فيحمل عليه ، والتفرق فيه تفرق الأقوال .

م: (**أو يحتمله فيحمل عليه**) ش: أي أو يحتمل ما قاله الخصم ، ويحتمل ما قلنا وما قلناه راجح لما ذكرنا أنه حقيقة ، والحمل عليه أولى ، ولا يقال العقود الشرعية في حكم الجواهر ، فيكونان متبايعين بعد وجود كل كلاميهما لأن الباقي بعد كلاميهما حكم كلاميهما شرعًا لا حقيقة كلاميهما والكلام في حقيقة الكلام .

م: (**والتفرق فيه تفرق الأقوال**) ش: أي التفرق المذكور في الحديث تفرق الأقوال ، وقال الأكمل : هذا جواب عما قال : التفرق عرض فيقوم بالجوهر ولقائل أن يقول : حمل التفرق على ذلك يستلزم قيام العرض بالعرض وهو محال بإجماع أهل السنة فيكون إسناد التفرق إليهما مجازًا فما وجه ترجيح مجازكم على مجازهم ؟ وأجيب بأن إسناد التفريق والتفرق إلى غير الأعيان سائغ وشائع ، فصار بسبب فشو الاستعمال فيه بمنزلة الحقيقة ، قال الله تعالى : ﴿**وما تفرق الذين أوتوا الكتاب**﴾ (البينة : الآية ٤) وقال تعالى : ﴿ **لا نفرق بين أحد من رسله** ﴾ (البقرة : الآية ٢٨٥) .

والمراد التفرق في الاعتقاد ، وقال ﷺ : « **ستفترق أمتي على ثلاث وسبعين فرقة**» وهو أيضًا في الاعتقاد ، وفيه نظر لأن المجاز باعتبار مايؤول إليه أو ما كان عليه أيضًا ، كذلك على أن ذلك يصح على مذهب أبي يوسف ومحمد لا على مذهب أبي حنيفة .

فإن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عنده ، ولعل الأولى أن يقال : حمله على التفرق بالأبدان رد إلى جهالة ، إذ ليس له وقت معلوم ، ولا غاية معروفة ، فيصير من أشباه بيع المنابذة والملامسة وهو مقطوع بفساده ، وهذا معنى قول مالك : ليس لهذا الحديث حد معروف .

وفي « المبسوط » راوي حديث مالك وابن عمر -رضي الله عنهما -ومذهبه أن خيار المجلس لا يثبت ، وعمل الراوي بخلاف الحديث دليل ضعفه ، ولهذا قال ابن العربي : قال مالك : ليس لهذا الحديث عندنا حد معروف ، ولا أمر معمول به .

وقال الأكمل : أو نقول : التفريق يطلق على الأعيان والمعاني بالاشتراك اللفظي ، وترجيح جهة التفرق بالأقوال بما ذكرنا من أداء حمله على التفرق بالأبدان إلى الجهالة .

وقال الطحاوي : اختلف الناس في تأويل قول رسول الله ﷺ « **البيعان بالخيار مالم يتفرقا** » . فقال قوم هذا على الافتراق بالأقوال ، ثم بسط الكلام فيه .

قلت : في شرحي الذي سميته « نخب الأفكار في تنقيح مبان الأخبار في شرح معاني الآثار» أراد بالقول هو لإبراهيم النخعي وسفيان الثوري في رواية وربيعة الرازي ومالكًا وأبا

قال : والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع لأن بالإشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه

حنيفة ومحمد بن الحسن ، فإنهم قالوا : المراد من قوله عليه الصلاة والسلام «ما لم يتفرقا» ، هو التفرق بالأقوال ، فإذا قال البائع : قد بعت، وقال المشتري : قد اشتريت، فقد تفرقا ، ولا شيء لهما بعد ذلك الخيار ، ويتم به البيع ولا يقدر المشتري على رد البيع إلا بخيار الرؤية ، أو خيار العيب أو خيار الشرط ، أي شرطه .

وقال عيسى بن أبان: الفرقة التي تقطع الخيار في الحديث هي الفرقة بالأبدان ، ولكن فسره بقوله : إن الرجل إذا قال للرجل : قد بعتك عبدي بألف درهم فللمخاطب بذلك القول أن يقبل ما لم يفارقه صاحبه ، فإذا افترق لم يكن له بعد ذلك أن يرجعه لولا أن هذا الحديث جاء ما علمنا ما نقطع به للمخاطب من قبول المخاطبة التي خاطبه بها صاحبه ، وأوجب له بها البيع فلما جاء هذا الحديث ، علمنا أن افتراق أبدانهما بعد المخاطبة بالبيع يقطع قبول تلك المخاطبة ، وقد روي هذا التفسير عن أبي يوسف ، وقاله الطحاوي .

وقال آخرون : هذه الفرقة المذكورة في هذا الحديث هي الفرقة بالأبدان ، فلا يتم البيع حتى يكون ، فإذا كانت تم البيع .

قلت : أراد بالآخرين سعيد بن المسيب والزهري وعطاء بن أبي رباح وابن أبي ذئب وسفيان بن عيينة والأوزاعي والليث بن سعد وابن أبي ليلى والحسن البصري وهشام بن يوسف وابن عبد الرحمن وعبد الله بن حسن القاضي والشافعي وأحمد وإسحاق وأبا ثور وأبا عبيد وأبا سليمان ومحمد بن جرير الطبري وأهل الظاهر .

وقال الأوزاعي : حد التفرق أن يغيب كل واحد منهما عن صاحبه حتى لا يراه وقال عياض: قال الليث : هو أن يقوم أحدهما ، وقال آخرون : هو افتراقهما من مجلسهما أو نقلهما .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**والأعواض المشار إليها لا يحتاج إلى معرفة مقدارها في جواز البيع**) ش: أراد بذلك ما تبع العقد عليه سواء كان من النقدين أو غيرهما ، وسواء كانت ثمنًا أو مثمنًا بعد أن لم يكن في الأموال الربوية ، فإنها إذا بيعت بجنسها عند جهالة مقدارها لا يجوز ، وإن أشار إليها لاحتمال الربا .

والتقييد بالبيع احتراز عن السلم ، فإن رأس المال فيه إذا كان مكيلاً أو موزونًا يشترط معرفة مقداره في جواز السلم عند أبي حنيفة ، كما يجيء ، ولا يكتفي بالإشارة م: (**لأن بالإشارة كفاية في التعريف ، وجهالة الوصف فيه**) ش: أي جهالة القدر في العوض المشار إليه .

لا تفضي إلى المنازعة . والأثمان المطلقة لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر والصفة ؛ لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد ، ، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة ، فيمتنع التسليم والتسلم ، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز . هذا هو الأصل .

قال الكاكي : أي وصف المقدار في التعريف أو في البيع م: (**لا تفضي إلى المنازعة**) ش: لأنها حاضرة ، والتقابض حال بخلاف جهالة وصف المقدار في المسلم فيه حيث لا يجوز ، لأدائها إلى المنازعة لعدم حضوره .

م: (**والأثمان المطلقة**) ش: قال الأكمل : أي المطلقة عن الإشارة لا يصح بها العقد ، وكل ما هو واجب بالعقد يمتنع حصوله بالجهالة المفضية إلى النزاع ، وقال الأترازي : المراد بالأثمان المطلقة الدراهم والدنانير ، لأنهما أثمان بكل حال ، لأن الله تعالى خلق الذهب والفضة ثمنًا للأشياء ، والمعنى بالثمنية كونه بحال يقدر به مالية الأشياء ، ويتوصل به إليها ومما بهذه الصفة قبل الصياغة وبعدها ، ويجوز أن يراد بها المطلقة عن قيد الإشارة وقد ذكرنا هذا عن الأكمل - رحمه الله- .

وقال الكاكي : ذكر الإطلاق ها هنا للاحتراز عن كونها مشارًا إليها لا للاحتراز عن أثمان غير مخلوقة للثمنية ، لأنه ذكره بعد قوله : والأعواض المشار إليها مع اختلاف الحكم م: (**لا تصح إلا أن تكون معروفة القدر**) ش: كالخمسة والعشرة م: (**والصفة**) ش: كالبخاري والسمرقندي .

م: (**لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد ، وهذه الجهالة**) ش: أي جهالة القدر والصفة م: (**مفضية إلى المنازعة**) ش: المانعة من التسليم والتسلم م: (**فيمتنع التسليم والتسلم**) ش: أي من جهة الآخر م: (**وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز**) ش: أي جواز العقد م: (**هذا**) ش: أي كون الجهالة المفضية إلى المنازعة مانعة م: (**هو الأصل**) ش: أي في كتاب البيوع بالإجماع ، لأن شرعية المعاملات لقطع المنازعات المفضية إلى الفساد ، ثم لا بد من معرفة الأثمان المطلقة .

قال في «الكامل» : النقدان والفلوس ثمن كيفما ذكر لأنهما لا يتعينان عندنا خلافًا للشافعي - رضي الله عنه - ، فيثبت في الذمة ، وعن الفراء الثمن ما يثبت في الذمة ، قال صاحب المجتبى : فهو المراد بالأثمان المطلقة ها هنا .

وعن الكرخي : ما يتعين في العقد فهو مبيع وما لم يتعين فهو ثمن ، وقال الأترازي : ثم الأموال ثلاثة أنواع ، ثمن مطلق وسلعة محضة ، ودائر بينهما ، بيان ذلك فيما قال صاحب التحفة : ثم الدراهم والدنانير أثمان أبدًا ، سواء كان في مقابلتها أمثالها أو أعيان صحبها حرف الباء أو لا حتى أن في الأثمان يصير صرفًا .

قال : ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل إذا كان الأجل معلومًا ، لإطلاق قوله تعالى :﴿وأحل الله البيع﴾ (البقرة : الآية ٢٧٥) ، وعنه عليه الصلاة والسلام : « أنه اشترى من يهودي طعامًا إلى أجل ورهنه درعه » . ولا بد أن يكون الأجل معلومًا ، لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد ،

ولو كانت بمقابلتها السلعة تصير ثمنًا ، والسلعة مبيعًا على كل حال ، لأنها أثمان مطلقة على كل حال ، فلا يتعين بالتعيين ، وأما الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال كالثياب والدور والعقار والعبيد والعدديات المتفاوتة كالبطيخ والثمار ، فهي مبيعة ويتعين بالتعيين ، ولا يجوز البيع فيها إلا عينًا إلا فيما يجوز فيه السلم كالثياب ، بخلاف القياس .

ثم الثياب كما تثبت بيعًا في الذمة مؤجلاً بطريق السلم تثبت دينًا في الذمة مؤجلاً بطريق الثمن ، والأجل شرط في الثياب ، لا لأنه شرط في الأثمان ولكن شرط لتصير ملحقة بالسلم في كونها دينًا في الذمة .

وأما المكيل والموزون والعددي المتقارب إن كانت في مقابلتها أثمان فهي مبيعة ، وإن كان في مقابلتها أمثالها أعني المكيل والموزون والعددي المتقارب ، فكل ما كان موصوفًا في الذمة يكون ثمنًا ، وكل ما كان معينًا يكون مبيعًا ، وإن كان كل واحد منهما موصوفًا في الذمة فما صحبه حرف الباء يكون ثمنًا ، والآخر مبيعًا لأن هذا مما يتعين بالتعيين ، ويثبت دينًا في الذمة أيضًا ، فتعين أحد الوجهين بالدليل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل**) ش: وفي بعض النسخ أو مؤجل، وعليه إجماع العلماء ، وفي «الكامل»: لو قال: بعتكه بألف حالاً أو بألفين نسيئة لا يجوز لجهالة الثمن م: (**إذا كان الأجل معلومًا**) ش: لأن جهالته مانعة من التسليم والتسلم، فيؤثر في صحة العقد م: (**لإطلاق قوله تعالى : ﴿ وأحل الله البيع ﴾ (البقرة : الآية ٢٧٥)**) ش: لأنه لم يفصل بين ثمن حال وثمن مؤجل .

م: (**وعنه عليه الصلاة والسلام**) ش: أي وعن النبي ﷺ م: (**أنه اشترى من يهودي طعامًا إلى أجل ورهنه درعه**) ش: وهذا الحديث رواه البخاري ومسلم عن الأسود عن عائشة -رضي الله عنها- أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعامًا إلى أجل ورهنه درعًا له من حديد . وفي لفظ البخاري : ثلاثين صاعًا من شعير ، وهذا اليهودي اسمه : أبو الشحم رجل من بني ظفر ، هكذا وقع مسمى في سنن البيهقي ، أخرجه عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر -رضي الله عنه- .

م: (**ولا بد أن يكون الأجل معلومًا لأن الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد**) ش: هو

فهذا يطالبه به في قريب المدة ، وهذا يسلمه في بعيدها . قال :ومن أطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد ؛ لأنه هو المتعارف ، وفيه التحري للجواز فيصرف إليه ، فإن كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد إلا أن يبين أحدها وهذا إذا كان الكل في الرواج سواء ؛ لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة ، إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان أو يكون أحدها أغلب وأروج ، فحينئذ يصرف إليه تحريًا للجواز . وهذا

التسليم والتسلم م: (**فهذا يطالبه به**) ش: أي يطالب المشتري بالثمن م: (**في قريب المدة ، وهذا**) ش: أي المشتري م: (**يسلمه في بعيدها**) ش: أي في بعيد المدة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن أطلق الثمن في البيع**) ش: بأن ذكر القدر دون الصفة ، مثل أن يقول المشتري مثلاً : اشتريت بعشرة دراهم ولم يقيدها بالبخارية أو السمرقندية ونحو ذلك ، أو قال : اشتريت بكذا مثقالاً ولم يقيده بالخليفتي والركني ونحو ذلك .

وقال الكاكي : قوله : ومن أطلق الثمن يعني ذكر القدر ، والنوع دون الوصف فإنه لو لم يذكرهما كانت المسألة عين الأولى وهي قوله : والأثمان المطلقة . وفي« البداية ». إنما أورد هذا ليبين أن تعريف الصفة كما يحصل بالتنصيص يحصل بطريق الدلالة باعتبار العرف وكثرة الاستعمال ، وفي « الجنازية » : قوله أطلق أي ذكر الوصف وعن نقد البلد بعد أن سمى قدره ونوعه م: (**كان على غالب نقد البلد ؛ لأنه هو المتعارف**) ش: أي لأنه هو المتفاهم في عرف الناس والمطلق من الألفاظ ينصرف إليه بدلالة العرف .

وقال تاج الشريعة : نقد البلد أي البلد الذي جرى فيه البيع لا في بلد المتبايعين م: (**وفيه التحري للجواز**) ش: أي وفي غالب نقد البلد التحري لجواز العقد م: (**فيصرف إليه**) ش: أي فيصرف إطلاق الثمن إلى غالب نقد البلد .

م: (**فإن كانت النقود مختلفة**) ش: أي إن كانت النقود في البلد على اختلاف الوزن رابحة على السواء م: (**فالبيع فاسد**) ش: للجهالة المانعة من التسليم والتسلم م: (**إلا أن يبين أحدها**) ش: استثنى من قوله : فالبيع فاسد أي إلا أن يبين أحد النقود المختلفة فحينئذ يجوز م: (**وهذا**) ش: أي فساد البيع م: (**إذا كان الكل في الرواج سواء ؛ لأن الجهالة مفضية إلى المنازعة**) ش:.

لأنه لا يمكن ترجيح بعضها على البعض لإطلاق التسمية م: (**إلا أن ترتفع الجهالة بالبيان**) ش: بأن يبين بعض النقود أنه هو المراد م: (**أو يكون أحدها**) ش: أي أحد النقود م: (**أغلب وأروج، فحينئذ يصرف إليه**) ش: أي إلى الأغلب الأروج م: (**تحريًا للجواز**) ش: أي طلبًا لجواز العقد إذ أمور المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن م: (**وهذا**) ش: أي فساد العقد في المستوية

إذا كانت مختلفة في المالية فإن كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي اليوم بسمرقند ، والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع إذا أطلق اسم الدرهم ، كذا قالوا . وينصرف إلى ما قدر به من أي نوع كان ؛ لأنه لا منازعة ولا اختلاف في المالية.قال : ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة .وهذا إذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه الصلاة والسلام : « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » .

الرواج م: (**إذا كانت**) ش: أي النقود م: (**مختلفة في المالية**) ش: كالذهب الركني والخليفتي فإن الخليفتي أفضل في المالية من الركني . م: (**فإن كانت سواء فيها**) ش: أي في المالية م: (**كالثنائي**) ش: وهو ما كان الاثنان منه يعبر دانقًا م: (**والثلاثي**) ش: وهو ما كان الثلاث منه يعبر دانقًا م: (**والنصرتي اليوم بسمرقند**) ش: وهو بمنزلة الناصري ببخارى كذا قال الإمام حميد الدين في «فوائده » م: (**والاختلاف بين العدالي بفرغانة**) ش: قال الأترازي : وهي لغة فقهاء ما وراء النهر ويسمون الدرهم عداليًا . وقد استعملوها في كتبهم م: (**جاز البيع**) ش: جواب قوله فإن كانت سواء م: (**إذا أطلق اسم الدرهم**) ش: أي فيما ذكر من هذه الأشياء م: (**كذا قالوا**) ش: أي كذا قال المتأخرون من المشايخ م: (**وينصرف إلى ما قدر به**) ش: أي ينصرف اسم الدرهم إلى ما قدر به من المقدار كعشرة ونحوه م: (**من أي نوع كان**) ش: من غير قيد بنوع معين م: (**لأنه لا منازعة**) ش: في الاستواء في الرواج م: (**ولا اختلاف في المالية**) ش: للمساواة فيها .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويجوز بيع الطعام**) ش: والمراد بالطعام الحنطة ودقيقها ، لأنه يقع عليهما عرفًا ، كذا قاله الشراح ، وقيدوا بقولهم : عرفًا ويؤيد هذا ما قاله الخليل أن المعالي في لغة العرب أن الطعام هو البر خاصة م: (**والحبوب**) ش: كالعدس والحمص ونحوهما ، ومن جعل الطعام أعم قال ذكر الحبوب مستدرك وليس كذلك ، لأن الطعام اسم للبر خاصة والحبوب غيره فافهم م: (**مكايلة**) ش: مصدر من باب المفاعلة يقال : كايلته مكايلة إذا كلت له وكال لك م: (**ومجازفة**) ش: وهو أيضًا مصدر من جازف .

وقال الجوهري : الجزف أخذ الشيء مجازفة وجزافًا فارسي معرب ، وفي «المغرب» وهو البيع بالحدس والظن بلا كيل ولا وزن ، وفي «الجمهرة» الجزف الأخذ بكثرة ومن ذلك قولهم : جزف له في الكيل إذا أكثر ، ومنه الجزاف والمجازفة في الشرك والبيع وهو يرجع إلى المساهلة .

م: (**وهذا**) ش: أي البيع مجازفة م: (**إذا باعه بخلاف جنسه**) ش: فحينئذ يجوز م: (**لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم**) ش: هذا الحديث بهذا اللفظ غريب ، وقد روى الجماعة غير البخاري عن عبادة بن الصامت -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال : « **الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ،**

بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا . ولأن الجهالة غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة . قال : ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه لا يعرف مقداره ؛ لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله ، بخلاف السلم لأن التسليم فيه متأخر ، والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة ،

والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلا بمثل ، سواء بسواء ، يدًا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد » .

م: (**بخلاف ما إذا باعه بجنسه مجازفة**) ش: حيث لا يجوز م: (**لما فيه من احتمال الربا**) ش: لأنه ربما يزيد أحد الجنسين على الآخر فيصير ربًا .

وقال الكاكي : قوله : إذا باعه بخلاف جنسه إنما يفيد فيما إذا كان شيئًا يدخل تحت الكيل، وأما إذا كان قليلاً لا يدخل تحت الكيل ، فيجوز بيع بجنسه مجازفة أيضًا كذا في «الذخيرة » م: (**ولأن الجهالة**) ش: عطف على قوله عليه الصلاة والسلام أي لأن جهالة بيع الحبوب والطعام مكايلة ومجازفة م: (**غير مانعة من التسليم والتسلم فشابه جهالة القيمة**) ش: أي شابه المجازفة جهالة القيمة بأن اشترى شيئًا بدرهم ، ولم يدر قيمته أزيد منه أو أنقص يجوز ، لأن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، والمانع هي الجهالة المفضية إلى المنازعة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري في« مختصره» م: (**ويجوز**) ش: أي البيع م: (**بإناء بعينه**) ش: بأن قال : بهذا الإناء وأشار إليه ، ولكن م: (**لا يعرف مقداره**) ش: أي مقدار الإناء م: (**وبوزن حجر**) ش: أي وكذا يجوز البيع بوزن حجر م: (**بعينه لا يعرف مقداره ، لأن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة ، لما أنه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله**) ش: أي قبل التسليم ، لأنه يندر هلاك كل من الإناء والحجر قبل التسليم .

وفي « المبسوط» : لو اشترى بهذا الإناء يدًا بيد فلا بأس به ، لأن في «المعين». البيع مجازفة يجوز .

م: (**بخلاف السلم**) ش: حيث لا يجوز فيه بإناء بعينه ولا بحجر بعينه م: (**لأن التسليم فيه**) ش: أي لأن تسليم المعقود عليه في السلم م: (**متأخر**) ش: إلى مدة م: (**والهلاك**) ش: أي هلاك الإناء والحجر المعينين م: (**ليس بنادر قبله**) ش: أي قبل التسليم م: (**فيتحقق المنازعة**) ش: عند ذلك فلا يجوز .

وقال الكاكي : ويجوز بإناء من حديد أو خشب وما أشبه ذلك ، أما إذا جهل كالزنبيل والجوالق والغراير لا يجوز ، ولو باعه طعامًا على أن يكيله بزنبيل أو بإناء يشبه الزنبيل لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وكذا لو اشترط عليه وزن ثوب أو متاع أو ملء جوالق ،

وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضًا ، والأول أصح وأظهر .قال: ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة ،

وفي«جمع التفاريق» عن محمد جواز الشراء بوزن هذا الحجر وفيه الخيار ، وعن أبي يوسف لا يجوز ، وفي «جميع النوازل » لو اشترى بوزن هذا الحجر ذهبًا ثم علم به ، جاز وله الخيار ، وكذا لو باع عبده بما باع به فلان عبده جاز ، وفي «جمع العلوم»: لو يعلم المشتري جاز وبما يبيع الناس لا يجوز ، وهكذا ظاهر مذهب الشافعي - رضي الله عنه .

وحكي عنه وجه أنه يجوز ، وإن لم يعلم ما باع فلان ، وعن أبي جعفر لو قال: بعتك من هذه الحنطة ما يملأ هذا البيت لا يجوز ، ومثل ما يملأ هذا الطست يجوز ، وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه - ، لا يجوز شراء قربة من ماء هذا النهر ، لأن الماء ليس عنده ، ولا يعرف قدر القربة ، وأطلق جوازه في « البحر » ، وكذا قربة بعينها أو إداوة من ماء الفرات يوفيه في منزله .

وجوز أبو يوسف أيضًا ، وعنه إذا ملأ ثم تراضيا جاز وهذه مجازفة ، وقال برهان الدين: باع كل حق له في هذه القربة ولم يعلمها نصيبه لم يجز ، . ولو علما جاز، ولو علم المشتري دون البائع جاز وبه قال الشافعي ومالك -رضي الله عنهما- ، وعلى عكسه لا يجوز عند أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك: إن بينه البائع يجوز . م: (**وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في البيع أيضًا**) ش: أي في بيع المساواة أيضًا ، وهو رواية الحسن عنه ، روى ذلك الفقيه أبو الليث في «العيون» ، ثم قال: وهو قول أبي يوسف الأول ، ثم رجع فقال إذا كان الإناء مما لا يقع إذا حشى فيه فالبيع جائز مثل الطست ونحو ذلك ، وأما الزنبيل والجوالق فلا يجوز لاحتمال الزيادة والنقصان م: (**والأول**) ش: أراد به ما ذكره القدوري بقوله ويجوز بإناء بعينه لا يعرف مقداره م: (**أصح**) ش: ودليله مذكور في المتن م: (**وأظهر**) ش: أي بحسب الرواية والتعليل . م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة**) ش: الصبرة الطعام المجتمع كالكومة وجمعها صُبَر بضم الصاد وفتح الباء . وقال الجوهري : الصبرة واحدة صبر الطعام ، ويقال : اشتريت الشيء صبرة أو بلا وزن ولا كيل والقفيز مكيال ، وجمعه قفزان قاله في « المغرب » ولم يبين قدره .

وقال الجوهري : القفيز ثمانية مكاكيك ولم يبين المكوك إلا في باب الكاف ، وقال : المكوك مكيال وهو ثلاث كيلجات والكيلجة منان وسبعة أثمان ، من والمنُّ رطلان والرطل ثنتا عشرة أوقية ، والأوقية أستار وثلثا أستار ، والأستار أربعة مثاقيل ونصف، والمثقال درهم وثلاثة أسباع درهم ، والدرهم ستة دوانيق ، والدانق قيراطان والقيراط طسوجتان ، والطسوج حبتان ، والحبة سدس ثمن درهم وهو جزء من ثمانية وأربعين جزءاً من درهم ، والجمع مكاكيك ، انتهى كلام الجوهري .

إلا أن يسمى جملة قفزانها.وقالا: يجوز في الوجهين . له أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن فيصرف إلى الأقل وهو معلوم إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان أو بالكيل في المجلس ، ولهما أن الجهالة بيدهما إزالتها ومثل ذلك غير مانع ، كما إذا باع عبداً من عبدين

م: (**إلا أن يسمي جملة قفزانها**) ش: في بعض النسخ جمع قفزانها فحينئذ يصح في الكيل وكذلك إذا كال الصبرة في المجلس صح البيع وثبت للمشتري الخيار .

م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد: م: (**يجوز في الوجهين**) ش: وهو ما إذا ذكر جملة القفزان ، وما إذا لم يذكر وبه قال الشافعي ومالك وأحمد -رضي الله عنهم- .

م: (**له**) ش: أي لأبي حنيفة م: (**أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن**) ش: لأن جملة القفزان غير معلوم ، فيكون ما بإزائهما غير معلوم أيضًا ، فإن قيل : سلمنا جهالتهما ولكن جهالة لا تفضي إلى المنازعة فينبغي أن لا يفسد البيع كما في الأعراض المشار إليها ، لأن كل قفيز بدرهم فبعد ذلك لا يتفاوت أن يكون الصبرة مائة أو أقل أو أكثر ، قلنا : قد يفضي إلى المنازعة ، لأن البائع يطالب المشتري بالثمن أولاً ، والثمن غير معلوم فيعجز عن تسليم الثمن ، وكذا البائع يعجز عن تسليم المبيع لعدم عرفانه قدر المبيع ، فيتنازعان م: (**فيصرف إلى الأقل**) ش: أي يصرف البيع إلى الأقل م: (**وهو**) ش: أي الأقل م: (**معلوم**) ش: أي معلوم القدر والثمن وجاز إفراده من الجملة لعدم الضرر لأحد صيانة لكلاميهما عن الإلغاء بقدر الإمكان م: (**إلا أن تزول الجهالة بتسمية جميع القفزان**) ش: بأن يقول : بعتك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم فيصح حينئذ ويقع البيع على جميعها م: (**أو بالكيل**) ش: أي أو تزول الجهالة بكيل الصبرة م: (**في المجلس**) ش: قيد به لأنه إذا كال بعد الافتراق منه لا يصح ، لأن ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة ، فالعلم فيه كالعلم في حالة العقد ، أما لو افترقا تقرر الفساد فلا ينقلب جائزًا .

فإن قيل : يشكل بما إذا كان الفساد بأجل مجهول أو بشرط خيار أربعة أيام ، **فإنه** ينقلب جائزًا برفع المفسد بعد الافتراق عن المجلس . قلنا : الفساد ثمة لم يتمكن في صلب العقد فلا يتقيد رفع المفسد بالمجلس ، **فإن** أثر الفساد هناك لا يظهر في الحال بل يظهر عند دخول اليوم الرابع وامتداد الأجل إليه .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**أن الجهالة بيدهما إزالتها**) ش: أي إزالة الجهالة بأن يكيلا الصبرة في المجلس فلا يفضي إلي المنازعة م: (**ومثل ذلك غير مانع**) ش: أي مثل المذكور من الجهالة غير مانع عن صحة العقد ، وفي بعض النسخ : ومثلها غير مانع ، أي ومثل الجهالة الغير المفضية إلى المنازعة غير مانع ، ونظر لذلك بقوله : م: (**كما إذا باع عبداً من عبدين**

على أن المشتري بالخيار ، ثم إذا جاز في قفيز واحد - عند أبي حنيفة فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه ، وكذا إذا كيل في المجلس أو سمي جملة قفزانها ؛ لأنه علم بذلك الآن فله الخيار . كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع . ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها- عند أبي حنيفة ، وكذلك من باع ثوبًا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان . وكذا كل معدود متفاوت ،

على أن المشتري بالخيار) ش: إن شاء أخذ هذا وإن شاء أخذ ذلك ، فإذا أخذ أيهما شاء ارتفعت الجهالة فكذا هنا . م: (**ثم إذا جاز في قفيز واحد - عند أبي حنيفة فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه**) ش: أي على المشتري ولا خيار للبائع ، وإن تفرقت الصفقة عليه أيضًا ، لأن التفرق جاء منه وهو امتناعه عن تسمية جملة القفزان ، أو الكيل في المجلس فيكون راضيًا به م: (**وكذا إذا كيل في المجلس**) ش: أي وكذا الخيار للمشتري إذا كيل المذكور من الصبرة في المجلس م: (**أو سمي جملة قفزانها**) ش: بأن قال : بعتك هذه الصبرة مائة كل قفيز بدرهم فللمشتري الخيار أيضًا

م: (**لأنه علم بذلك الآن فله الخيار**) ش: لأنه ربما كان في حدسه أو ظنه أن الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج إليه فزادت ، وليس له في الثمن ما يقابله ، ولا يمكن أخذ الزائد مجانًا وفي تركه تفريق الصفقة على البائع أو نقصت فيحتاج أن يشتري في مكان آخر ، وهل يوافق أم لا ، فإذا كان كذلك فله الخيار **لأنه يصير** م: (**كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع**) ش: فيثبت له الخيار . وقال تاج الشريعة : والجواب لأبي حنيفة من بيع عبد من عبدين أن القياس فيه الفساد فيه أيضًا إلا أنا جوزناه استحسانًا بالنص .

م: (**ومن باع قطيع غنم**) ش: أي طائفة منه ، وكذا من البقر ، وفي «المغرب» القطيعة الطائفة م: (**كل شاة بدرهم**) ش: يجوز في لفظ كل الرفع والنصب ، أما الرفع فعلى الابتداء تقديره كل شاة سميت بدرهم وأما النصب فيحتمل أن يكون بدلا من القطيع بدل البعض عن الكل

م: (**فسد البيع في جميعها عند أبي حنيفة**) ش: وهذه المسألة ذكرها القدوري ولم يذكر فيها الخلاف والمصنف ذكره

م: (**وكذلك من باع ثوبًا مذارعة**) ش: أي بشرط الذرع ، كذا قاله الأترازي والكاكي ، ولكن هذا اللفظ من باب المفاعلة ، فالمعني من باع ثوبًا على أنه والمشتري يذارعانه مذارعة م: (**كل ذراع بدرهم ، ولم يسم جملة الذرعان**) ش: بضم الذال جمع ذراع م: (**وكذا**) ش: أي وكذ فسد البيع إذا باع

م: (**كل معدود متفاوت**) ش: أي متفاوت في القيمة كالبطيخ والرمان والسفرجل والخشب والأواني ، ولم يسم جملة العدد ، هذه المسألة على ثلاثة أوجه :

وعندهما يجوز في الكل لما قلنا ، وعنده ينصرف إلى الواحد لما بينا ، غير أن بيع شاة من قطيع ، وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت ، وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم التفاوت ، فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه ، وتفضي إليها في الأول فوضح الفرق. قال : ومن ابتاع صبرة طعام على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل كان المشتري بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع ؛ لتفرق الصفقة عليه ، فلم يتم رضاه بالموجود . وإن وجدها أكثر فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين ، والقدر ليس بوصف .

أحدها : أن يبين جملة الذرعان ، وقال بعده : كل ذراع بدرهم ولم يبين جملة الثمن فهو جائز ، لأن المبيع معلوم وجملة الثمن معلومة لبيان الذرعان .

الثانية : أن يبين جملة الثمن لا المبيع ، وقال بعده : كل ذراع بدرهم فهو أيضًا جائز ، لأنه لما بين جملة الثمن وسمى لكل ذراع درهمًا صار جميع الذرعان معلومًا .

والثالثة : أن لا يبين جملة المبيع ولا جملة الثمن ، وقال بعده : كل ذراع بدرهم فهي مسألة الكتاب ذكرها في النهاية وعندهما أي عند أبي يوسف ومحمد .

م: (**وعندهما يجوز في الكل**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رحمهم الله- م: (**لما قلنا**) ش: وهو أن إزالة الجهالة بيدهما م: (**وعنده**) ش: أي وعند أبي حنيفة م: (**ينصرف إلى الواحد لما بينا**) ش: وهو قوله ينصرف إلى الأقل وهو معلوم م: (**غير أن بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة طعام يجوز لعدم التفاوت ، فلا تفضي الجهالة إلى المنازعة فيه ، وتفضي إليها**) ش: أي وتفضي الجهالة إلى المنازعة .

م: (**في الأول**) ش: وهو بيع شاة من قطيع وذراع من ثوب م: (**فوضح الفرق**) ش: أي ظهر وانكشف وهو أن الأقل هو الشاة الواحدة من قطيع والذراع من ثوب لم يصرف إليه للتفاوت والقفيز الوحد من صبرة يصرف إليه لعدم التفاوت ، وهو الفرق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن ابتاع صبرة طعام**) ش: أي من اشتراها م: (**على أنها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها أقل**) ش: أي من المائة وفي بعض النسخ أقل من ذلك م: (**كان المشتري**) ش: بكسر الراء م: (**بالخيار إن شاء أخذ الموجود بحصته من الثمن وإن شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه**) ش: أي على المشتري م: (**فلم يتم رضاه بالموجود**) ش: وبه قال الشافعي ومالك وأحمد -رضي الله عنهم- م: (**وإن وجدها أكثر**) ش: أي وإن وجد الصبرة أكثر من مائة قفيز م: (**فالزيادة للبائع لأن البيع وقع على مقدار معين**) ش: وهو مائة قفيز .

م: (**والقدر ليس بوصف**) ش: أي القدر الزائد على المقدار المعين ليس بوصف ، فالبيع لا يتناوله فكان للبائع .

ومن اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضًا على أنها مائة ذراع بمائة فوجدها أقل فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن ، وإن شاء ترك لأن الذرع وصف في الثوب ، ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض

واعلم أن المشايخ ذكروا في الفرق بين القدر وهو الأصل والوصف حدودًا فقيل : كل ما يتعيب بالتنقيص والتشقيص فهو وصف ، وما لا يتعيب بهما فهو أصل . وقيل : ما يكون وجوده جهة في تقوم نفسه وغيره ، وعدمه جهة في نقصان نفسه وغيره فهو وصف وما لا يكون بهذه المثابة فهو أصل فيخرج على هذا المكيلات والموزونات والمذروعات ، فإن المكيل لا يتعيب بالتنقيص والمذروع يتعيب ، والطول والعرض يزيد في قيمة نفسه وغيره ، بخلاف المكيل والموزون ، فإن صبرة الأقفزة إذا انتقص منها قفيز يشتري الباقي بالثمن الذي يخصه مع القفيز والذراع الواحد إذا فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه .

وقال الكاكي : وثمرة كون الذرع وصفًا والقدر أصلاً يظهر في مواضع منها ما ذكر في الكتاب وهو أنه إذا وجده زائداً فهو للبائع ، ومنها أنه لا يجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل الكيل والوزن إذا اشتراه بشرط الكيل . وفي المذروع يجوز له التصرف قبل الذرع سواء ، اشتراه مجازفة أو على أنه عشرة أذرع ، لأنه لما كان وصفًا لا يكره اختلاط البيع بغيره ، فيجوز التصرف له قبل الذرع ، لأن الكل له سواء نقص أو زاد ، بخلاف المكيل والموزون لأن الزائد أصل لا تبع ، فيلزم الاختلاف ، فلا يجوز التصرف قبل الكيل أو الوزن ، ومنها أن بيع الواحد للاثنين لا يجوز في المكيلات والموزونات .

وفي المذروعات يجوز لأن الزيادة لما كانت أصلاً وكانت شيئًا يعتد به فلا يجوز بدون المساواة في الأموال الربوية ، بخلاف المذروع فلم يعتبر زيادة مانعة لكونه تبعًا .

م: (**ومن اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع بعشرة أو أرضًا**) ش: أي أو اشترى أرضًا م: (**على أنها مائة ذراع بمائة فوجدها أقل ، فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بجملة الثمن ، وإن شاء ترك ؛ لأن الذرع وصف في الثوب**) ش: لما بينا من ظهور أمارة الوصفية ، والتبعية فيه دون غيره من زيادة القوة بزيادته ونقصانها بنقصانه ولعدم تمكن أفراده من الجملة ، حتى لو باع ذراعًا من ثوب لم يجز ، لأن المقصود من الثوب هو التزين واللبس لا يحصل بذراع بخلاف القفيز من الصبرة .

م: (**ألا ترى أنه عبارة عن الطول والعرض**) ش: هذا توضيح لكونه بمنزلة الوصف .

فإن قيل : الاستدلال بهذا على أن الذرع وصف غير مستقيم ، فإن الطول والعرض كما هو وصف فكذلك القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن أيضًا وصف يقال شيء قليل وكثير ، فلم يكن القفيز الزائد هناك وصفًا . قلنا : بل إن القلة والكثرة من حيث الكيل والوزن كان أصلاً ،

والوصف لا يقابله شيئ من الثمن كأطراف الحيوان ، فلهذا يأخذه بكل الثمن ، بخلاف الفصل الأول ، لأن المقدار يقابله الثمن ، فلهذا يأخذه بحصته إلا أنه يتخير لفوات الوصف المرغوب فيه لتغير المعقود عليه فيختل الرضا. وإن وجدها أكثر من الذراع الذي سماه فهو للمشتري ، ولا خيار للبائع ؛ لأنه صفة فكان بمنزلة ما إذا باعه معيبًا فإذا هو سليم . ولو قال : بعتكها على أنها مائة ذراع بمائة

ومن حيث الذرع كان وصفًا لدخولهما تحت الحدود التي ذكرنا في التفرقة بين الأصل والوصف، فإنه زيادة شبر واحد مثلاً على العشرة يوجب زيادة قيمة العشرة ، مع أن وصف الكثرة والقلة حصل به ، لأن الكثرة بكثرة الدخول بخلاف الذرع ، فإن زيادته توجب زيادة قيمة لم تكن لها بدون ذلك الذرع ، وهذا متعارف بين التجار فكان الذرع وصفًا .

م: (**والوصف لا يقابله شيء من الثمن**) ش: إلا إذا كان مقصوداً بالتناول حقيقة ، كما إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل القبض يسقط نصف الثمن أو حكمًا لحق البائع ، كما إذا حدث عيب آخرعند المشتري أو لحق الشارع ، كما إذا خاط المشتري الثوب المبيع ثم اطلع على عيب يكون للوصف قسط من الثمن م: (**كأطراف الحيوان**) ش: يعني إذا اشترى جارية فاعورت عند البايع لا ينتقص شيء من الثمن . وكذا المشتري باعها مرابحة إذا اعورت بعدما قبضها بدون البيان ، وسيجيء ذلك في باب المرابحة إن شاء الله تعالى .

م: (**فلهذا**) ش: إيضاح لقوله: والوصف لا يقابله شيء من الثمن م: (**يأخذه بكل الثمن**) ش: أى يأخذ ذاك الثوب الذي اشتراه على أنه عشرة أذرع فوجده أقل ، فإنه يأخذه بجملة الثمن إن شاء كما مرالآن م: (**بخلاف الفصل الأول**) ش: وهو فصل الكيل فإنه يأخذ الموجود بحصته من الثمن م: (**لأن المقدار يقابله الثمن**) ش: لأنه ليس بوصف م: (**فلهذا**) ش: أى ولكون المقدار لا يقابله شيء من الثمن م: (**يأخذه بحصته**) ش: من الثمن م: (**إلا أنه يتخير**) ش: استثناء من قوله ، أى إلا أن المشتري خير بين الأخذ والفسخ م: (**لفوات الوصف المرغوب فيه**) ش: وفي نسخة شيخنا لفوات الوصف المذكور ، ثم كتب تحته : أي المذكور في هذه المسألة في الفصل الأول م: (**لتغير المعقود عليه فيختل الرضا**) ش: أي رضا المشترى .

م: (**وإن وجدها أكثر من الذراع الذى سماه فهو للمشتري ، ولا خيار للبائع لأنه صفة**) ش: ، أي لأن الذرع صفة ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن م: (**فكان**) ش: نظير هذا م: (**بمنزلة ما باعه معيبًا**) ش: بأن باع عبداً على أنه أعمى م: (**فإذا هو سليم**) ش: أي فإذا العبد وجد سليمًا أي بصيراً ، حيث لا خيار فيه م: (**ولو قال : بعتكها**) ش: يعني الثياب والمذروعات كذا في «النهاية» . وقال الأكمل : فيه نظر ، لأن المبيع إذا كان ثيابًا لم تكن هذه المسألة ، والأولى أن يقال يعني الأرض . وقال الأترازي : أى بعت الأرض والثياب م: (**على أنها مائة ذراع بمائة**

درهم كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار إن شاء أخذها بحصتها من الثمن ، وإن شاء ترك ؛ لأن الوصف وإن كان تابعًا لكنه صار أصلاً بإفراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع منزلة ثوب ، وهذا لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن آخذًا لكل ذراع بدرهم . وإن وجدها زائدة فهو بالخيار ، إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وإن شاء فسخ البيع ؛ لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن ، فكان نفعًا يشوبه ضرر فيتخير ، وإنما يلزمه الزيادة لما بينا أنه صار أصلاً، ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط .

درهم ، كل ذراع بدرهم ، فوجدها ناقصة، فالمشتري بالخيار ، إن شاء أخذها بحصتها من الثمن ، وإن شاء ترك لأن الوصف و إن كان تابعًا لكنه صار أصلاً بإفراده بذكر الثمن ، فينزل كل ذراع منزلة ثوب) ش: وهذا معنى قولهم : إن الوصف يقابله شيء من الثمن ، إذا كان مقصوداً بالتناول .

فإن قيل : لو صار كل ذراع بمنزلة ثوب ينبغي أن يفسد البيع إذا وجدها زائدة . كما لو قال : بعتك هذه الرزمة على أنها خمسون ثوبًا كل ثوب بعشرين درهمًا فوجدها زائدة فالبيع فاسد ، وكذا لو اشترى عدلاً على أنه كذا ثوبًا ذكر ثمنًا أن المشترى بالخيار .

قلنا : الفرق بينهما ما بينا أن في الذرع جهة الوصفية والأصلية ، فمن حيث إنه أصل لا نسلم له الزيادة بغير عوض ومن حيث إنه وصف يكون بعض الذرعان تابعًا للبعض ، فلا يفسد، وأما بعض الثياب لا يكون تبعًا للبعض فيبقى المبيع مجهولاً بجهالة تفضي إلى المنازعة ، لأن الثياب مختلفة كذا في «جامع قاضي خان» .

فإن قيل : لو كان أصلاً على تقدير الإفراد بذكر الثمن يجب أن يمتنع دخول الزيادة في العقد كما في الصبرة ، وقد جوز أخذ الجميع بحكم البيع في هذه المسألة . قلنا الفرق بينهما هو أن الزيادة لو لم تدخل في العقد يفسد العقد، لأنه يصير بعض ما مر الثوب وأنه لا يجوز بخلاف الصبرة، لأنها لو لم تدخل لا يفسد العقد ، كذا في «الفوائد الظهيرية » . م: (وهذا) ش: أي أخذها بحصتها من الثمن إنما هو م: (لأنه لو أخذه بكل الثمن لم يكن) ش: أي المشتري م: (آخذاً لكل ذراع بدرهم) ش: وهو لم يبع إلا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم، لأن كلمة على تأتي بمعنى الشرط م: (وإن وجدها زائدة) ش: عطف على قوله : فوجدها ناقصة .

م: (فهو بالخيار ، إن شاء أخذ الجميع كل ذراع بدرهم ، وإن شاء فسخ البيع ، لأنه إن حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعًا يشوبه ضرر) ش: لأن الزيادة نفع ، ولزوم الثمن بإزائهما ضرر ، فإذا كان كذلك م: (فيتخير) ش: بين أخذ الجميع كل ذراع بدرهم وبين الفسخ م: (وإنما يلزمه الزيادة) ش: أي زيادة الثمن م: (لما بينا أنه صار أصلاً) ش: مشروطًا م: (ولو أخذه بالأقل لم يكن آخذاً بالمشروط) ش: وهو أن يكون كل ذراع بدرهم .

ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ، وقالا: هو جائز ، وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعاً . لهما أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم . وله أن الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع ، وهو المعين دون المشاع ، وذلك غير معلوم بخلاف السهم. ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم وهو الصحيح ، خلافاً لما يقوله الخفاف ؛ لبقاء الجهالة .

م: (**ومن اشترى عشرة أذرع من مائة ذراعٍ من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ، وقالا : هو جائز**) ش: وبه قال الشافعي- رضي الله عنه -ويعني بقوله وقالا : هو جائز إذا كانت الدا ر كلها مائة ذراع ، هكذا ذكر الصدر الشهيد والإمام الزاهد العتابي في شرحيهما للجامع الصغير ولو كانت أقل من مائة لا يجوز بالإجماع .

م: (**وإن اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعًا ، لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**أن عشرة أذرع من مائة ذراع عشر الدار فأشبه عشرة أسهم**) ش: أي في كونهما عشراً فتخصيص الجواز بأحدهما تحكم م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أن الذراع اسم لما يذرع به**) ش: في الحقيقة وإرادة الحقيقة هنا متعذرة فيكون المراد ما يحله الذراع وتجاوزه مجازاً بإطلاق اسم الحال على المحل .

وهو معنى قوله : م: (**واستعير لما يحله الذراع**) ش: يعني استعير للموضع الذي يحل ذلك الخشب فيه لأن المبيع المحل لا الخشب م: (**وهو المعين**) ش: أى ما يحله الذراع هو المعين ، فكان المسمى في العقد جزءاً معينًا م: (**دون المشاع**) ش: يعني المشاع ليس كذلك م: (**وذلك غير معلوم**) ش: أي ما يحله الذراع غير معلوم موضعه لا يدري من أي جانب هو ، فيبطل العقد م: (**بخلاف السهم**) ش: فإنه أمر عقلي لا يقتضي محلاً حسيًا ، فيجوز أن يكون في المشايع فالجهالة لا تفضي إلى المنازعة .

م: (**ولا فرق عند أبي حنيفة بين ما إذا علم جملة الذرعان أو لم يعلم ، هو الصحيح**) ش: يعني لا فرق بين ما إذا علم جملة الذرعان ، كما إذا قال : عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار ، وهو الصحيح لبقاء الجهالة المانعة من الجواز م: (**خلافًا لما يقوله الخفاف**) ش: وهو أبو بكر أحمد بن عمرو من كبار العلماء المتقدمين ، وله تصانيف كثيرة ، و كان معاصراً مع الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران - رحمه الله - أستاذ أبي جعفر الطحاوي -رحمهم الله تعالى .

والخفاف يقول : إن الفساد إنما هو عند جهالة جملة الذرعان ، وأما إذا عرفت مساحتها فإنه يجوز جعل هذه المسألة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم إذا كان جملة الشياه معلومًا ، فإنه يجوز عنده م: (**لبقاء الجهالة**) ش: دليل قوله : ولا فرق عند أبي حنيفة رضي الله

ولو اشترى عدلاً على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع ، لجهالة المبيع أو الثمن . ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار ، ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة . وقيل : عند أبي حنيفة لا يجوز في فصل النقصان أيضًا ، وليس بصحيح ،

عنه ، يعني أن جملة ذرعان الدار وإن عرفت لا يعلم موضع عشرة أذرع من مائة ذراع منها فبقيت الجهالة .

م: (**ولو اشترى عدلاً**) ش: عدل الشيء بكسر العين مثله من جنسه في مقداره ومنه عدل الحمل ، وقال الأترازي : العدل العلم إذا عدل بمثله م: (**على أنه عشرة أثواب فإذا هو تسعة**) ش: أي فظهرت أنها تسعة أثواب م: (**أو أحد عشر**) ش: أي أو ظهر أنه أحد عشر ثوبًا م: (**فسد البيع**) ش: أما إذا زاد فهو م: (**لجهالة المبيع**) ش: لأن الزائد لم يدخل تحت العقد ، فيجب رده ، والأثواب مختلفة وكان المبيع مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة وأما إذا نقص فلوجوب حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة ، لأنه لا يدري أنه كان جيداً أو وسطًا أو رديئًا ، وحينئذ لا يدري قيمته بيقين ، حتى يسقط ، فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن فلا يشك في فساده ، وإلى هذا أشار بقوله : م: (**أو الثمن**) ش: أي فسد البيع لجهالة الثمن في صورة النقصان .

م: (**ولو بين لكل ثوب ثمنًا**) ش: بأن يقول : كل ثوب بدرهم م: (**جاز في فصل النقصان بقدره وله الخيار**) ش: أي للمشتري الخيار إذا بين لكل ثوب إن شاء أخذ بحصته من الثمن ، وإن شاء ترك م: (**ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة**) ش: لأن العقد يتناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وبجهالته يصير المبيع مجهولاً .

م: (**وقيل عند أبي حنيفة : لا يجوز في فصل النقصان أيضًا**) ش: أي قال البعض من مشايخنا : إن البيع فاسد عند أبي حنيفة في فصل النقصان أيضًا ، لأنه جمع بين المعدوم والموجود في صفته فكان قبول البيع في المعدوم شرطًا لقبوله في الموجود فيفسد العقد كما إذا جمع بين حر وعبد في صفقة ، وسمى لكل واحد ثمنًا ، فإنه لا يجوز البيع عنده في القن ، خلافًا لهما كذلك هنا .

وكما لو اشترى هرويين فإذا أحدهما مروي فإن العقد فاسد عنده قال المصنف : م: (**وليس بصحيح**) ش: أي عدم الجواز في فصل النقصان غير صحيح .

وقال الأترازي : أي ما قيل إن عند أبي حنيفة لا يجوز البيع في فصل النقصان ليس بصحيح ، لأن ثمن كل ثوب معلوم قطعًا ، فإذا نقصت يكون باقي الثمن معلومًا لا محالة .

بخلاف ما إذا اشترى ثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما ، وإن بين ثمن كل واحد منهما ؛ لأنه جعل القبول في المروي شرطًا لجواز العقد في الهروي . وهو شرط فاسد ، ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا . ولو اشترى ثوبًا واحدًا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف . قال أبو حنيفة في الوجه الأول يأخذه بعشرة من غير خيار ،

م: (**بخلاف ما إذا اشترى ثوبين**) ش: هذا جواب عما استدل به بعض المشايخ فيما قالوا بمسألة من اشترى ثوبين هرويين فإذا أحدهما مروي على ما ذكرنا فقاله المصنف ، هذا الذي نحن فيه لايشبه هذه المسألة ، وبين ذلك بقوله : بخلاف ما إذا اشترى ثوبين م: (**على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروي حيث لا يجوز فيهما ، وإن بين ثمن كل واحد منهما ؛ لأنه جعل القبول في المروي شرطًا لجواز العقد في الهروي وهو شرط فاسد**) ش: لأن المروي غير مذكور في العقد ، فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد ، فكان فاسدًا ، بيانه أنه شرط لقبول المبيع قبول ما ليس بمبيع ، وإنه مفسد للبيع لكونه مخالفًا لمقتضى العقد ، وهذا لا يوجد ها هنا ، فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم وهو معنى قوله : م: (**ولا قبول يشترط في المعدوم**) ش: ولا قصد إيراد العقد على المعدوم لعدم تصور ذلك فيه ، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط ، ولكنه غلط في العدد . وهروي : بفتح الراء ومروي بسكونها ، قال الكاكي : منسوب إلى هراة ومرو وهراة قريتان بخراسان وتبعه الأكمل على ذلك .

قلت : هذا عجيب منهما ، فإن هراة مدينة عظيمة مشهورة بخراسان ، قاله في «المشترك» ، ومرو : مدينة قديمة يقال : إنها من بناء طحمورث وقال في «المشترك» أيضًا : مدينة عظيمة بينها وبين كل واحد من نيسابور وهراة وبلخ وبخاري اثنا عشر يومًا .

م: (**فافترقا**) ش: أي شراء العدل على أنه عشرة أثواب بمائة كل ثوب بعشرة فإذا هو تسعة ، وشراء الثوبين على أنهما هرويان فإذا أحدهما مروي افترقا ، حيث جاز البيع في الأول دون الثاني .

وقال الكاكي : حاصل الفرق بينهما هو أن الشيئين الموصوفين بوصف إذا دخلاً في عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقد في الآخر بذلك الوصف ، فإذا انعدم ذلك الوصف كان فاسدًا بالنظر إلي انعدام ذلك الوصف ، وأما إذا كان أحدهما معدومًا بذاته ووصفه لم يكن هذا داخلاً في نفس العقد حتى يكون قبوله شرطًا لصحة العقد في الآخر .

م: (**ولو اشترى ثوبًا واحدًا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فإذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف، قال أبو حنيفة - في الوجه الأول : يأخذه**) ش: أي يأخذ الثوب في الأول ، وهو فيما إذا ظهر عشرة ونصف م: (**بعشرة**) ش: ويسلم له النصف مجانًا م: (**من غير خيار**) ش:

وفي الوجه الثاني : يأخذه بتسعة إن شـاء . وقال أبو يوسف : في الوجه الأول يأخذه بأحد عشر إن شاء ، وفي الوجه الثاني يأخذه بعشرة إن شاء.وقال محمد في الأول يأخذه بعشرة ونصف إن شاء ، وفي الثـاني بتسعة ونصف ويخـير ؛ لأن من ضرورة مقـابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصـفه بنصفـه فيجزئ عليـه حكمها.ولأبي يوسف أنه لما أفـرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حـدة وقـد انتـقص.ولأبي حنيفـة أن الذراع وصـف في الأصل ، وإنما أخـذ حكم المقـدار بالشـرط وهو مـقيـد بالذراع فـعند عـدمـه عـاد الحكم إلى الأصل ، وقـيل في الكرباس الذي لا تتـفاوت جوانـبه لا يطيب للمـشتـري ما زاد على المشـروط ؛ لأنه بمنزلة الموزون حيث لا يـضره الفصل ،

متعلق بقوله : يأخذه .

م: (**وفي الوجه الـثاني**) ش: وهو فيما إذا ظهر أنه تسعة ونصف م: (**يأخذه بتسـعة إن شاء**) ش: يعني له الخيار م: (**وقال أبو يوسف: في الوجـه الأول يأخذه بأحد عشـر إن شاء**) ش: يعني له الخيار م: (**وفي الوجه الثاني يأخذه بعشرة إن شاء**) ش: يعني له الخيار .

م: (**وقال مـحمد : في الأول يأخذه بعـشرة ونصف إن شاء ، وفي الثـاني بتسعة ونصف ويخـير**) ش: يعني له الخيـار في الوجـهين م: (**لأن من ضرورة مـقابلة الذراع بالدرهم مـقابلة نصـفه بنصـفه فيجزئ عليه حكمها**) ش: من التجزية وفي بعض النسخ (فيجري عليه) ، أي على النصف حكم المقابلة ويخير كما لو باع عشرة بعشرة فنقص ذراع .

م: (**ولأبي يوسف أنه لما أفرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع منزلة ثوب على حدة وقد انتقص**) ش: والثـوب إذا بيع على أنه كـذا ذراعـًا فنقص ذراع لا يسـقط شيء من الثـمن ، ولكن يثبت له الخيار .

م: (**ولأبي حنيفة أن الذراع وصف في الأصل**) ش: لا يقابله شيء من الثمن م: (**وإنما أخذ حكم المقدار**) ش: وهو الكيل والوزن م: (**بالشرط**) ش: بأن قـال : كل ذراع بدرهم م: (**وهو**) ش: أي الشرط م: (**مقـيد بالذراع فعند عـدمه**) ش: أي عـدم الشـرط ، وهو مـا إذا كـان أقل من الذراع م: (**عـاد الحـكم إلى الأصل**) ش: وهو الوصف وصارت العـشرة والنصف بمنزلـة العـشرة الجيدة ، والتسعة والنصف بمنزلة التسعة الجيدة ، كذا ذكره فخر الإسلام .

م: (**وقيل في الكرباس**) ش: أشـار بهذا إلى أن هذه الأقوال الثلاثة في الثوب الذي يتفـاوت كالقميص ، والسراويل ، والعمـائم ،والأقبية ، أما في الثوب م: (**الذي لا تتفاوت جوانبه**) ش: كالكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه م: (**لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لأنه**) ش: أي لأن الكرباس م: (**بمنزلة الموزون حـيث لا يضـره الفـصل**) ش: بالصـاد المهـملة ، أي المقطع وإن كـان

وعلى هذا قالوا: يجوز بيع ذراع منه .

متصلاً بعضه ببعض لكن ليس في الفصل ضرر كالموزون ، فلا يتمكن فيه الضرب لسبب بمنزل البعض عن البعض ، فيصير كل ذراع أصلاً كالقفيز والكرباس بكسر الكاف فارسي معرب ، والجمع الكرابيس م: (**وعلى هذا قالوا**) ش: أي المشايخ م: (**يجوز بيع ذراع منه**) ش: وإن لم يعين موضعه كما في الحنطة إذا باع قفيزاً منها حيث يجوز ، كذا في« الذخيرة» ، وعند الشافعي - رضي الله عنه- : لو قال بعت قفيزاً من هذه الحنطة يجوز لقولنا وعن القفال من أصحابه إذا لم يعلما مبلغ قفيزان الصبرة لم يصح ، وقد خالف نص الشافعي كذا في «الحلية» .

***

فصل

ومن باع دارًا دخل بناؤها في البيع ، وإن لم يسمه ؛ لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ، ولأنه متصل به اتصال قرار فيكون تبعًا له . ومن باع أرضًا دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه ؛ لأنه متصل به للقرار فأشبه البناء . ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية ، لأنه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيها

م: (**فصل**)

ش: أي هذا فصل في بيان ما يدخل تحت البيع من غير ذكره وما لا يدخل وما يلحقهما م: (**ومن باع دارًا دخل بناؤها في البيع وإن لم يسمه ، لأن اسم الدار يتناول العرصة**) ش: كل بقعة ليس فيها بناء فهي عرصة م: (**والبناء في العرف**) ش: قيد به لأنه بحسب اللغة لا يتناول البناء ، وقد ورد في الأيمان أن البناء في مسألة اليمين حتى لو دخل العرصة بعد انهدام البناء يحنث ، ولكن المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتفاهم في العرف ، ولا يفهم في العرف من بيع الدار بيع عرصتها لا بناؤها بل بيعهما جميعًا .

م: (**ولأنه متصل به**) ش: أي ولأن البناء متصل بالعرصة ، ذكر الضمير باعتبار المكان م: (**اتصال قرار فيكون تبعًا له**) ش: أي للعرصة باعتبار المكان أيضًا وفي نسخة شيخي تابعًا لها ، وكذلك قوله متصلا بها على الأصل ، فلا يحتاج إلى التأويل ويدخل السلم المتصل والفلق المركب والحجر الأسفل من الرحى ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد -رضي الله عنهم- .

وكذلك يدخل الحجر الأعلى عندنا وبه قال الشافعي رحمه الله في الأظهر ، ولا يدخل القفل ومفتاحه والباب الموضوع بالاتفاق .

م: (**ومن باع أرضًا دخل ما فيها من النخل والشجر وإن لم يسمه لأنه**) ش: أي لأن الشجر م: (**متصل به**) ش: أي بالأرض على تأويل المكان م: (**للقرار فأشبه البناء**) ش: فيكون تبعًا له م: (**ولا يدخل الزرع في بيع الأرض إلا بالتسمية لأنه**) ش: أي لأن الزرع م: (**متصل به**) ش: أي بالأرض م: (**للفصل**) ش: يعني ليس اتصاله للتأبيد ولرفعه غاية معلومة م: (**فشابه المتاع الذي فيها**) ش: أي في الأرض فلم يدخل في المبيع إلا بالشرط ، ونوقض بالحمل ، فإنه متصل باللام للفصل ويدخل في بيع الأم ، والجواب أنه غير وارد على التفسير المذكور ، فإن البشر ليس في وسعه فصل الحمل عن الأم .

وفي «الخلاصة» والقطن فاختلف المشايخ -رحمهم الله- فيه والصحيح أنه لا يدخل ، وأما الكتان إن كان ظاهرًا فلا يدخل ، وإن كان معيبًا فالصحيح أنه يدخل ، ثم قال : أما الأشجار إن كانت بحال تقطع في كل ثلاث سنين ، وإن كانت تقلع من الأصل يدخل تحت

البيع وهو الشجر الصغير الذي لا يباع في السوق في الربيع ، وإن كانت تقطع من وجه الأرض فالصحيح أنها تدخل تحت البيع ، أيضًا من ذكر مثمرة كانت أو غير مثمرة صغيرة أو كبيرة للحطب أو لغيره ، وفيه اختلاف المشايخ ، واختار الولوالجي في «فتاواه» أنها لا تدخل لأنها بمنزلة الثمر .

وفي «الفتاوي الصغرى» : قال مشايخنا : إن كان شجراً يغرس للقطع لا للبقاء كشجر الحطب وغيره لا تدخل لأنها بمنزلة الزرع ، وفي« الخلاصة» : وشجرة الخلاف والمغرب للمشتري ، وكذا كل ما كان له ساق ولا يقطع أصله حتى كان شجرًا وأصل الآس والزعفران للبائع والقصب في الأرض كالثمرة والرطبة التي يقال لها سبيت كالثمر ، وأما عروقها فتدخل في المبيع وقوام الخلاف يدخل في البيع وقوام الباذنجان كذلك ، ذكره الإمام السرخسي ، والإمام الفضلي جعل قوائم الخلاف كالتمر بلغ أوان القطع وبه قال وبه يفتي .

وقال الولوالجي في فتاواه : رجل اشترى كرمًا وفيه ورق التوت والورد ، لا يدخل ذلك في البيع ، لأنه بمنزلة التمر ، وفي «المجتبى» يدخل في بيع الدار المخرج والمربط والمطبخ والبئر وبكرتها دون الحبل والدلو ، إلا إذا قال مرافقها فيدخلان .

وقال الشافعي رضي الله عنه : ولا يدخل الشرب والطريق في بيع الأرض والدار إلا بذكر الحقوق ونحوها ، وكذا في الإقرار والصلح والوصية وغيرها ويدخلان في الإجارة والقسمة والرهن والوقف وفي جمع البخاري -رحمه الله- أراد بالطريق الذي لا يدخل في بيع الدار بلا ذكر الطريق الخاص في ملك إنسان .

أما الطريق إلى الطريق الأعظم أو إلى سكة غير نافذة يدخل بلا ذكر ، وكذا حق مسيل الماء وحق إلقاء الشلخ في ملك خاص لا يدخل بلا ذكر الحقوق والمرافق . وبه قال الشافعي رضي الله عنه .

وفي «فتاوى قاضي خان» : والبستان الذي في الدار يدخل ، وقيل : إن كان من الدار يدخل وإلا فلا ، وفي «جمع البخاري» باع دارًا لفنائها لم يصح كما إذا جمع بين حر وعبد في بيع الحانوت يدخل ألواحه ، وإن لم يقل بمنافعه .

وفي «جمع البخاري» : قدور القصارين والصباغين والجاحين الغسالين وخوابي الزياتين ودناتهم ، وجذع القصار الذي يدق عليه المثبت في الأرض لا يدخل، و إن قال بحقوقها .

م: (**ومن باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع**) ش: أي المشتري م:

لقوله عليه الصلاة والسلام : « من اشترى أرضًا فيها نخل فالثمرة للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع »، ولأن الاتصال وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع ، ويقال للبائع : اقطعها وسلم المبيع ، وكذا إذا كان فيها زرع لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع ، فكان عليه تفريغه وتسليمه، كما إذا كان فيه متاع .وقال الشافعي : يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع؛ لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد . وفي العادة أن لا يقطع كذلك ، وصار كما إذا انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع ، قلنا هناك التسليم واجب أيضًا حتى يترك بأجر ، وتسليم العوض

(**لقوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**من اشترى أرضًا فيها نخل فالثمرة للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع**) ش: هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، وأخرج الأئمة الستة في كتبهم عن سالم بن عبد الله بن عمر- رضي الله عنهما- عن أبيه عن النبي ﷺ أنه قال : «**من باع عبدًا له مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع ، ومن باع نخلاً مؤبرًا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع** ».

م: (**ولأن الاتصال**) ش: أي اتصال الثمر بالشجر م: (**وإن كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع**) ش: حيث لا يدخل في بيع الأرض م: (**ويقال للبائع**) ش: يعني إذا لم تدخل الثمرة تحت بيع النخل والشجر يقال للبائع : م: (**اقطعها**) ش: أي قطع الثمرة م: (**وسلم المبيع**) ش: للمشتري .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا الحكم م: (**إذا كان فيها**) ش: أي في الأرض م: (**زرع**) ش: يؤمر البائع بحصاد الزرع وتسليم الأرض للمشتري م: (**لأن ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه**) ش: أي على البائع م: (**تفريغه**) ش: أي تفريغ ملك المشتري م: (**وتسليمه**) ش: إلى البائع م: (**كما إذا كان فيه**) ش: أي في ملك المشتري م: (**متاع**) ش: بأنه باع أرضًا فيها متاعه أو حملاً عليه رحله يجب التفريغ والتسليم .

م: (**وقال الشافعي : يترك**) ش: أي على الشجر م: (**حتي يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع**) ش: يقال : استحصد الزرع ، جاز له أن يحصد أي يقطع بالمنجل ، وبقوله قال مالك وأحمد هذا إذا أطلق البيع ، ولم يشترط القطع في الحال ، وفي حيزهم قال الشافعي -رضي الله عنه- : ليس لمشتري الأشجار أن يكلف البائع بقطع الثمار بل الإبقاء إلى أوان القطاف للعرف م: (**لأن الواجب إنما هو التسليم المعتاد . وفي العادة أن لا يقطع كذلك**) ش: أي أن لاتقطع الثمر قبل ظهور صلاحها م: (**وصار**) ش: أي صار حكم هذا م: (**كما إذا انقضت مدة الإجارة ، وفي الأرض زرع**) ش: حيث يؤخر إلى الحصاد .

م: (**قلنا هناك**) ش: أي في الزرع م: (**التسليم واجب أيضًا حتى يترك بأجر وتسليم العوض**)

كتسليم المعوض . ولا فرق بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن في الصحيح ، ويكون في الحالين للبائع ؛ لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين ، فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر ، وأما إذا بيعت الأرض

ش: وهو الأجر م: (**كتسليم المعوض**) ش: وهو الأرض .

فإن قيل : ينبغي أن يجوز أن يستأجر البائع الأرض والشجر من المشتري إلى وقت الإدراك فيكون تسليم الأجرة تسليم الأرض والشجر دفعًا للضرر عنه .

قلنا : كان القياس في الإجارة والمبيع القطع والتسليم إلا أن في صورة البيع وجد من البائع دلالة الرضاء بقطع الثمر والزرع قبل الإدراك ، وهو إقدامه على بيع الأرض والشجر مع علمه أن المشتري يطالبه بتفريغ ملكه عن ملك البائع وتسليمه إليه فارغًا عن حق الغير ، فلما وجد منه دلالة الرضا بذلك لم يجب رعاية جانبه بتبقية الأرض والشجر على حكم ملكه بالإجارة .

بخلاف المستأجر فإنه لم يوجد منه بعد انقضاء مدة الإجارة فعل ما يدل على الرضا بقطع الثمر والزرع ، فوجب رعاية جانبه بتبقية الأرض على حكم ملكه بالإجازة ، وأما العادة فغير مسلم ، ولئن سلمنا كان المشترك لأنهم كما يتركون حتى يستحصد الزرع يبيعون بشرط القطع كذا في «تعليقات البرغري» .

م: (**ولا فرق**) ش: قال الكاكي : كأنه رد لقول الشافعي -رضي الله عنه- فإن عنده غير المؤبرة للمشتري .

وقال الأترازي : ولا فرق إلى آخره ، يتصل بقوله ومن باع نخلاً أو شجرًا فيه ثمر فثمرته للبائع يعني، أن الثمر للبائع في الحالين يعني م: (**بين ما إذا كان الثمر بحال له قيمة ، أو لم يكن في الصحيح**) ش: احترز به عن قول المشعري فإنه قال : إن لم يكن له قيمة يدخل ، والصحيح أنه لم يدخل في الحالين لأن بيعه يصح في أصح الروايتين وما يصح بيعه منفردًا لا يدخل في بيع غيره . ولا يلزم عليه البقاء فإن بيعه يجوز منفردًا ومع أنه يدخل في بيع الأرض تبعًا ، لأن البناء للقرار فيكون كجزء من أجزاء البيع، بخلاف الثمر ، فإنه المفصل فلم يكن كجزء من أجزائه .

م: (**ويكون في الحالين**) ش: أي في حال يكون له قيمة وفي حال لا يكون له قيمة يكون م: (**للبائع ، لأن بيعه يجوز في أصح الروايتين على ما نبين**) ش: أشار به إلى ما ذكره بعد تسعة خطوط بقوله ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها في الحال ، أو قد بدا جاز م: (**فلا يدخل في بيع الشجر من غير ذكر**) ش: يعني إذا كان الأمر كذلك لا يدخل الثمر في بيع الشجر بلا ذكر .

م: (**وأما إذا بيعت الأرض**) ش: قال الأكمل : قوله وإذا بيعت الأرض معطوف على ولا

وقد بذر فيها صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه ، لأنه مودع فيها كالمتاع ، ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل : لا يدخل فيه ، وقد قيل : يدخل فيه ، وكان هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه قبل أن يناله المشافر والمناجل ، ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما ليسا منهما ، ولو قال : بكل قليل وكثير

فرق ، يعني الثمر لا يدخل في البيع وإن لم يكن له قيمة ، وأما إذا بيعت الأرض م: **(وقد بذر فيها صاحبها)** ش: أي والحال أن صاحبها قد بذر في الأرض .

م: **(ولم ينبت)** ش: أي والحال أنه لم ينبت م: **(بعد لم يدخل فيه)** ش: أي في البيع م: **(لأنه)** ش: أي لأن البذر م: **(مودع فيها)** ش: أي في الأرض م: **(كالمتاع)** ش: الموضوع فيها حيث لا يدخل م: **(ولو نبت ولم تصر له قيمة فقد قيل : لا يدخل فيه)** ش: أي في البيع وهو قول أبي القاسم الصغار م: **(وقد قيل: يدخل فيه)** ش: وهو قول أبي بكر الإسكاف .

وفي« الذخيرة »: هذا إذا لم يفسد البذر في الأرض ، فلو فسد وعفن فهو للمشتري ، لأن العفن لا يجوز بيعه على الانفراد فصار بمنزلة جزء من أجزاء الأرض، فيدخل في بيع الأرض واختار الفقيه أبو الليث أنه لا يدخل بكل حال ، إلا إذا بيع مع الأرض نصًا أو دلالة ، وهو قول الشافعي -رضي الله عنه .

وفي «فتاوى الفضلي» ولو عفن البذر في الأرض فهو للمشتري وإلا فهو للبائع ، ولو سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن عفن عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعل ، وكذا إذا نبت ولم يتقوم بعد م: **(وكان)** ش: قال الأكمل : وصحح بعض الشارحين بتشديد النون .

قلت : أراد به الأترازي فإنه قال : وكأن هذا بتشديد النون م: **(هذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه)** ش: يعني فمن جوز بيعه م: **(قبل أن يناله المشافر)** ش: وهو جمع مشفر البعير ، شفته م: **(والمناجل)** ش: جمع منجل بكسر الميم وهو ما يحصد به الزرع .

م: **(ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لأنهما)** ش: أي لأن الزرع والثمر م: **(ليسا منهما)** ش: أي من الحقوق والمرافق ، الحقوق جمع حق ، والمراد به ها هنا ما يثبت له من ذلك، والمرافق جمع مرفق بفتح الميم وكسر الفاء ، قال الجوهري : والمرفق من الأمر ما ارتفقت به ومرافق الدار مسيل الماء أونحوها.

م: **(ولو قال : بكل قليل وكثير)** ش: هذا يذكر للمبالغة في إسقاط حق البائع عن المبيع وما يتصل بالبيع .

والألفاظ في بيع الأرض المزروعة والشجرة المثمرة أربعة :

وهو له فيها ومنها مـن حقوقها ، أو قال :-من مرافقهـا ؛ لم يدخلا فيه لما قلنا . وإن لم يقل : من حقوقهـا أو من مرافقها دخلا فـيه . أما الثمر المجذوذ والزرع المحصـود لايدخل إلا بالتصريح به لأنه بمنزلة المتاع . قال: ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها

الأول : أن يقول : بعت الأرض أو الشجر بكل قليل أو كثير م: (**وهو له**) ش: أي للبائع م: (**فيها**) ش: أي في الأرض م: (**ومنها**) ش: أي من الأشجار وقال شيخي -رحمه الله- فيه لف ونشر ، لأن قوله : فيها يرجع إلى الأرض التي فيها الزرع .

وقوله : منها يرجع إلى الأشجار التي فيها الثمر م: (**من حقوقها**) ش: أي قال من حقوقها م: (**أو قال: من مرافقهـا لم يدخلا فيه**) ش: أي الزرع والثمر م: (**لما قلنا**) ش: أشار به إلى قوله لأنهما ليسا منهما .

والثاني : أن يقول : بعت منك قليل أو كثير هو له فيها ولم يقل : من حقوقها وهو معنى قوله م: (**وإن لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه**) ش: أي في البيع لعموم تمام اللفظ .

والثالث : أن يقول : بعت الأرض والشجر ولم يزد على ذلك ، وقد تقدم بيان ذلك .

والرابع : أن يقول : بعت بحقوقها ومرافقها لا يدخلان لأن الحق في العادة يذكر لما هو تبع لابد للمبيع منه كالطريق والشرب والمرافق ، فإنه حقوقه وهو مخصوص بالتوابع كمسيل الماء ، والزرع والثمار ليسا كذلك فلا يدخلان .

م: (**أما الثمر المجذوذ**) ش: بذالين معجمتين ويجوز بمهملتين ، لأن كليهما بمعنى واحد وهو المقطوع ، قال الأترازي : الأول بالإهمال لتناسب بينه وبين المحصود ، وهو قوله : م: (**والزرع المحصود لا يدخل إلا بالتصريح به**) ش: أي لا يدخل بمجرد قوله : بكل قليل وكثير هو له فيها ، وإن لم يقل من حقوقهما أو من مرافقها م: (**لأنه**) ش: أي لأن كل واحد من المجذوذ والمحصود م: (**بمنزلة المتاع**) ش: الموضوع فيها .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها**) ش: لا خلاف للعلماء في بيع الثمار بعد بدو الصلاح ، لكن الخلاف في تفسير بدو الصلاح ، فعندنا هو أن يأمن العاهة والفساد ذكره في «المبسوط» .

وعند الشافعي -رضي الله عنه- ظهور الصلاح بظهور الفتح ومبادئ الحلاوة، أما قبل بدو الصلاح إذا اشتراها مطلقًا يجوز عندنا ، وعند الشافعي ومالك وأحمد -رضي الله عنهم- لا يجوز البيع ،والبيع بشرط القطع قبل بدو الصلاح يجوز فيما ينتفع به بالإجماع وبشرط الترك لا يجوز بالإجماع ، وبيع الثمار قبل الظهور لا يجوز بالإجماع، وبعد الظهور على ثلاثة أوجه :

أو قد بدا جاز البيع ؛ لأنه مال متقوم ، إما لكونه منتفعًا به في الحال أو في المآل ، وقد قيل : لا يجوز قبل أن يبدو صلاحها ، والأول أصح . وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغًا لملك البائع، وهذا إذا اشتراها مطلقًا أو بشرط القطع . وإن شرط تركها على النخيل فسد البيع ؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد ،

أحدها : أن يبيعهما قبل صيرورتها منتفعًا بها ، فإن لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب فقال شيخ الإسلام : لا يجوز ، وذكر القدوري في شرحه والأسبيجابي : أنه يجوز وإليه أشار محمد في كتاب الزكاة في باب العشر والخراج في الجامع وهو الصحيح .

والثاني : ما إذا باعه بعدما صار منتفعًا به إلا أنه لم يتناه عظمه فالبيع جائز فالبيع فاسد لأنه شرط ما لا يقتضيه العقد وفيه نفع لأحد المتعاقدين . والثالث : إذا باعه بعد ما تناهى عظمه فالبيع جائز عند الكل إذا باعه مطلقًا أو بشرط القطع ، ولو باعه بشرط الترك لا يجوز في القياس ، وهو قولهما ويجوز في الاستحسان ، وهو قول محمد والشافعي ومالك وأحمد على ما سيأتي عن قريب إن شاء الله تعالى .

وقال القدوري : ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها م: (**أو قد بدا جاز البيع**) ش: وقد روي عدم الجواز قبل بدو الصلاح[1] والأول أظهر م: (**لأنه مال متقوم إما لكونه منتفعًا به في الحال أو في المآل**) ش: وفي بعض النسخ أو في الثاني أو ثاني الحال كبيع الحجر ومولود ولد من ساعته ومهر صغير .

وفي «قاضي خان» لم يجوز عامة مشايخنا بيع الثمار قبل أن تصير منتفعة لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيعها قبل بدو الصلاح ، والمراد بالصلاح الانتفاع وقد قال الفضلي : يجوز بيعها قبل الظهور والنهي محمول على بيعها قبل ظهور صلاحها للانتفاع في الزمان الثاني .

م: (**وقد قيل : لا يجوز**) ش: وهو قول شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام خواهر زاده م: (**قبل أن يبدو صلاحها ، والأول**) ش: أي جواز البيع في الحالين م: (**أصح**) ش: كما قاله الإمام الفضلي واختاره المصنف م: (**وعلى المشتري قطعها في الحال تفريغًا لملك البائع وهذا**) ش: إشارة إلى الجواز أي الجواز إنما يكون م: (**إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع**) ش: أي إذا اشتراها بشرط أن يقطعه م: (**وإن شرط تركها**) ش: بأن قال : اشتريت على أني أتركه م: (**على النخيل فسد البيع لأنه**) ش: أي لأن شرط الترك م: (**شرط لا يقتضيه العقد**) ش: لأن مطلق البيع يقتضي

---

(١) رواه أبو داود (٣/ ٢٥٤) ، والنسائي (٧/ ٤٩) ، وابن ماجة (٢/ ٧٤٧) ، من طريق سفيان عن ابن جريج عن عطاء عن جابر ، وأخرجه النسائي من طريق سفيان عن عمرو بن دينار عن ابن عمر وجابر -رضي الله عنهما- . وإسناده صحيح .

وهو شغل ملك الغير أو هو صفقة في صفقة وهو إعارة أو إجارة في بيع ، وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا ، وكذا إذا تناهى عظمها -عند أبي حنيفة وأبي يوسف - لما قلنا . واستحسنه محمد للعادة ، بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الأرض أو الشجر . ولو اشتراها مطلقًا وتركها بإذن البائع طاب له الفضل ، وإن تركها بغير إذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة ، وإن تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء؛ لأن هذا تغير حالة لا تحقق زيادة ،

تسليم المعقود عليه م: (**وهو**) ش: أي شرط الترك الذي لا يقتضيه العقد م: (**شغل ملك الغير أو هو**) ش: أي البيع بشرط الترك م: (**صفقة في صفقة**) ش: وقد ورد النهي عنها وفسرها بقوله : م: (**وهو إعارة أو إجارة في بيع**) ش: أراد بها إجارة على تقدير أنها بأجرة ، وإعارة على تقدير أنها بلا أجرة فيكون إدخال صفقته التي هي للإجارة أو الإعارة في صفقة وهو البيع .

وقال مالك : وفيه تأمل ، لأن ذلك إنما يكون صفقة إن جاز إعارة الأشجار أو إجارتها وليس كذلك ، نعم هو مستقيم فيما إذا باع الفرس بشرط الترك فإن إعارتها أو إجارتها جائزة فيلزم صفقة في صفقة .

م: (**وكذا بيع الزرع بشرط الترك**) ش: أي كذا يفسد البيع بشرط أن يقول المشتري : اشتريته على أني أتركه إلى وقت الحصاد م: (**لما قلنا**) ش: أشار به إلى قوله : لأنه شرط لا يقتضيه العقد. م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يفسد البيع م: (**إذا تناهى عظمها**) ش: وشرط فيه الترك م: (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف لما قلنا**) ش: أي لأنه شرط لا يقتضيه العقد م: (**واستحسنه محمد**) ش: أي استحسن محمد هذا العقد في هذه الصورة ، يعني لا يفسد البيع ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد- رضي الله عنهم- م: (**للعادة**) ش: أي لتعامل الناس من غير نكير .

م: (**بخلاف ما إذا لم يتناه عظمها**) ش: حيث يفسد م: (**لأنه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بمعنى من الأرض أو الشجر**) ش: وهو تأثيرهما في الزيادة م: (**ولو اشتراها مطلقًا**) ش: يعني من غير شرط القطع والترك م: (**وتركها بإذن البائع طاب له الفضل**) ش: أي الفضل له من غير كراهة م: (**وإن تركها بغير إذنه**) ش: أي بغير إذن البائع م: (**تصدق**) ش: أي المشتري م: (**بما زاد في ذاته**) ش: أي يقوم قبل التناهي وبعده فيتصدق بفضل ما بينهما من قيمته م: (**لحصوله**) ش: أي لحصول ما زاد في ذاته م: (**بجهة محظورة**) ش: وهي حصولها بقوة الأرض المغصوبة م: (**وإن تركها بعدما تناهى عظمها لم يتصدق بشيء ؛ لأن هذا**) ش: أي الذي زاد بعد التناهي م: (**تغير حالة**) ش: من النيئ إلى النضج م: (**لا تحقق زيادة**) ش: في الكم فإن الثمرة إذا صارت بهذه المثابة لا يزاد فيها من ملك البائع شيء بل الشمس تنضجها ، والقمر يلونها ، والكواكب تعطيها الطعم .

وإن اشتراها مطلقًا وتركها على النخيل ، وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل ؛ لأن الإجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة ، فبقي الإذن معتبرًا بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه ، حيث لا يطيب له الفضل ؛ لأن الإجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثًا .ولو اشتراها مطلقًا فأثمرت ثمرًا آخر قبل القبض فسد البيع لأنه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر التمييز، ولو أثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط ، والقول قول المشتري في مقداره لأنه في يده ،

م: (**وإن اشتراها مطلقاً**) ش: أي عن القطع والترك م: (**وتركها على النخيل وقد استأجر النخيل إلى وقت الإدراك طاب له الفضل ، لأن الإجارة باطلة**) ش: أي لأن إجارة النخيل لا تصح ، كمن استأجرها ليجفف عليها الثياب وإنما تبطل الإجارة م: (**لعدم التعارف**) ش: فإن التعارف لم يجر فيها بين الناس باستئجار الأشجار م: (**والحاجة**) ش: أي ولعدم الحاجة إلى ذلك ، لأن الحاجة إلى الترك بالإجارة إنما تخفف إذا لم يكن مخلص سواها ، وها هنا يمكن لمشتري أن يشتري الثمار مع أصولها على ما سيأتي ، فإذا بطلت الإجارة م: (**فبقي الإذن معتبرًا**) ش: فيطيب له الفضل .

فإن قيل :لا نسلم إبقاء الإذن فإنه يثبت في ضمن الإجارة وفي بطلان المتضمن بطلان المتضمن كالوكالة الثابتة ، وفي ضمن الرهن تبطل ببطلان الرهن . أجيب بأن الباطل معدوم ؛ لأنه هو الذي لا تحقق له أصلاً ولا وصفًا ولا شرعًا على ما عرف ، والمعدوم لا يتضمن شيئًا حتى يبطل ببطلانه ، بل كان ذلك الكلام ابتداء عبارة عن الإذن فكان معتبرًا .

م: (**بخلاف ما إذا اشترى الزرع واستأجر الأرض إلى أن يدرك وتركه ، حيث لا يطيب له الفضل؛ لأن الإجارة فاسدة للجهالة**) ش: أي لجهالة وقت إدراك الزرع ، فإن الإدراك قد يتقدم لشدة الحر وقد يتأخر للبرد ،والفاسد ماله تحقق من حيث الأصل ، فأمكن أن يكون متضمنًا لشيء ، ويفسد ذلك الشيء بفساد المتضمن وإذا انتفى الإذن م: (**فأورثت**) ش: جهالة مدة الإدراك م: (**خبثًا**) ش: وسبيل التصدق م: (**ولو اشتراها مطلقًا**) ش: أي ولو اشترى الثمار مطلقاً عن القطع والترك م: (**فأثمرت ثمرًا آخر**) ش: أي في مدة الترك م: (**قبل القبض**) ش: يعني قبل تخلية البائع بين المشتري والثمار م: (**فسد البيع لأنه**) ش: أي لأن البائع م: (**لا يمكنه تسليم المبيع**) ش: إلى المشتري م: (**لتعذر التمييز**) ش: أي بين الثمر الذي خرج بعد البيع وبين ما خرج قبل البيع .

م: (**ولو أثمرت**) ش: يعني ثمرة أخرى م: (**بعد القبض**) ش: لم يفسد البيع ، لأن التسليم قد وجد وحدث ملك البائع واختلط بملك المشتري م: (**يشتركان فيه للاختلاط**) ش: أي لاختلاط غير المبيع بالمبيع م: (**والقول قول المشتري في مقداره ؛ لأنه في يده**) ش: أي لأن المبيع في يده فكان الظاهر شاهدًا له ، هذا ظاهر المذهب ، وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بجوازه

وكذا في الباذنجان والبطيخ ، والمخلص أن يشتري الأصول لتحصل الزيادة على ملكه . قال : ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالاً معلومة ، خلافًا لمالك ؛ لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول، بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلاً معينًا ، لأن الباقي معلوم بالمشاهدة قال : قالوا : هذه رواية الحسن ، وهو قول الطحاوي .

ويزعم أنه مروي عن أصحابنا .

وحكي عن الإمام الجليل أبي بكر محمد بن الفضل البخاري -رحمه الله - أنه كان يفتي بجوازه ، ويقول : اجعل الموجود أصلاً وما يحدث بعد ذلك تبعًا ، وبهذا شرط أن يكون الخارج أكثر .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا لا يجوز البيع م: (**في الباذنجان والبطيخ**) ش: إذا حدث شيء قبل القبض وإذا حدث بعده يشتركان م: (**والمخلص**) ش: أي الحيلة في جوازه قبل القبض ، وقال الأترازي : أي المخلص من فساد البيع م: (**أن يشتري الأصول**) ش: أي أصول الباذنجان وأصول البطيخ م: (**لتحصل الزيادة على ملكه**) ش: ليملكها .

وفي «الذخيرة» « والمغني» : قال أبو الليث : وفيه طريق آخر ، وهو أن يأذن للمشتري في الترك على أنه متى رجع عن الإذن كان مأذونًا في الترك بإذن جديد .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالاً معلومة**) ش: قال تاج الشريعة : أي على الشجرة أما إذا كان مجذوذًا وباع واستثنى أرطالاً معلومة جاز ، وفي قوله : أرطالاً إشارة إلى أن المستثنى لو كان رطلاً واحدًا يجوز ، لأنه استثنى القليل من الكثير بخلاف الأرطال لجواز أن لا يكون إلا ذلك القدر ، فيكون استثنى الكل من الكل .

وفي «شرح الطحاوي» باع الثمر على ردمن النخل إلا صاعًا منها يجوز ، لأن المستثنى معلوم كما إذا كان الثمر مجذوذًا موضوعًا على الأرض فباع الكل إلاّ صاعًا .

م: (**خلافًا لمالك**) ش: فإنه يجوز كاستثناء شجرة معينة م: (**لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول**) ش: أي وزنا ومشاهدة ، وقيل : والاستثناء وإن كان مجهولاً وزناً لكنه معلوم مشاهدة ، وكان بيع مجازفة وجهالة المجازفة لا يمنع صحة العقد ، لأنها لا تفضي إلى المنازعة والجهالة في مسألتنا يفضي فتمنع م: (**بخلاف ما إذا باع واستثنى نخلا معينًا ؛ لأن الباقي معلوم بالمشاهدة**) ش: كم هي نخلة فيصح .

م: (**قال :**) ش: أي المصنف- رحمه الله- م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ : م: (**هذه**) ش: أي قول القدوري : ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالاً معلومة م: (**رواية الحسن**) ش: أي عن أبي حنيفة- رحمه الله- م: (**وهو قول الطحاوي**) ش: قول الشافعي وأحمد -رحمهما الله-

أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد ، وبيع قفيز من صبرة جائز ، فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان ؛ لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه . ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره ، وكذا الأرز والسمسم . وقال الشافعي: لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر ، وكذا اللوز والفستق والجوز في قشره الأول عنده ، وله في بيع السنبلة قولان ، وعندنا يجوز ذلك كله ، له أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه ، فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه ،

أيضًا م: (**أما على ظاهر الرواية ينبغي أن يجوز**) ش: يريد به على ظاهر قياس الرواية .

فإن حكم هذه المسألة لم يذكر في ظاهر الرواية صريحًا ، ولهذا قال : ينبغي أن يجوز م: (**لأن الأصل أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد وبيع قفيز من صبرة جائز ، فكذا استثناؤه**) ش: .

وينعكس إلى أن ما لا يجوز إيراد العقد عليه بانفراده لا يجوز استثناؤه م: (**بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لأنه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه**) ش: صورة استثنائه الحمل أن يقول: بعتك هذه الشاة إلا حملها ، وصورة استثناء أطراف الحيوان بأن يقول : بعتك هذه الشاة إلا جلدها أو غيره ، فإنه لا يجوز لا في حضر ولا في سفر .

وبه قال الشافعي -رحمه الله- وقال أحمد: يجوز ذلك في الرأس والأكارع لعدم الإفضاء إلى المنازعة غالبًا وتوقف في استثناء الشحم ، وعن مالك أنه يجوز ذلك في السفر دون الحضر للضرورة فيه م: (**ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلاء في قشره ، وكذا الأرز والسمسم**) ش: يعني يجوز في قشرها ، والحاصل أن بيع الشيء في خلافه لا يجوز إلا الحبوب مثل هذه المذكورة .

م: (**وقال الشافعي : لا يجوز بيع الباقلاء الأخضر ، وكذا اللوز والفستق والجوز في قشره الأول عنده**) ش: أي عند الشافعي -رضي الله عنه- م: (**وله**) ش: أي وللشافعي رضي الله عنه م: (**في بيع السنبلة قولان**) ش: في قوله القديم يجوز ، وفي قوله الجديد لا يجوز ، وله أيضًا وجهان في الباقلاء الأخضر والمنصوص عليه أنه لا يجوز وهو ظاهر مذهبه . وقال الإصطخري وكثير من أصحابه : يجوز كقولنا . وبه قال مالك وأحمد رحمهما الله م: (**وعندنا يجوز ذلك كله**) ش: أي بيع المذكور في الحبوب كله يجوز عندنا م: (**له**) ش: أي للشافعي رضي الله عنه م: (**أن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه**) ش: أي للمشتري في المعقود عليه م: (**فأشبه تراب الصاغة إذا بيع بجنسه**) ش: يعني لا يجوز لاحتمال الربا .

ولا ينصرف إلى خلاف الجنس تحريًا للجواز كما في بيع الدرهم والدينارين بدرهمين

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، ولأنه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير ، والجامع كونه مالاً متقومًا بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا ، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز ، وفي مسألتنا لو باعه بجنسه لا يجوز أيضًا ، لشبهة الربا ؛ لأنه لا يدري قدر ما في السنابل .

ودينار ، لأن التراب ليس بمال يتقوم ، وتراب الصاغة هو التراب الذي فيه برادة الذهب والفضة والصاغة جمع صائغ ، ووجه المشابهة بينهما استتاره بما لا منفعة فيه .

م: **(ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع النخل حتى يزهى ، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة)** ش: هذا الحديث رواه الأئمة الستة غير البخاري عن أيوب عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما- أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخيل . . . . إلى آخره نحوه، ولا آخره نحوه نهى البائع والمشتري ، قوله : حتى يزهى أي يحمر أو يصفر .

وقال أبو زيد والكسائي : زهى يزهو وأزهى يزهى بمعنى أي احمر الثمر أو اصفر، وقال أبو عبيد : أنكر الأصمعي أزهى ونقل الزمخشري في فائقه عن كتاب العين يزهوخطأ ، إنما هو، يزهى ،قوله : العاهة أي الآفة .

م: **(ولأنه)** ش: أي وبمعنى المذكور من الحبوب م: **(حب منتفع به)** ش: وهذا كأنه جواب عن قوله : إن المعقود عليه مستور بما لا نفع فيه ، وتقريره لا نسلم أنه لا منفعة له بل هو حب منتفع به ، ومن أكل الفوائت يشهد بذلك وأن الحبوب المذكورة تدخر في قشرها ، قال الله تعالى : ﴿ فذروه في سنبله ﴾ وهو الانتفاع لا محالة م: **(فيجوز بيعه في سنبله كالشعير)** ش: في سنبله ، فإنه يجوز بالاتفاق م: **(والجامع)** ش: يعني في تشبيه بيع الحنطة في قشرها ، وبيع الشعير في سنبله م: **(كونه)** ش: أي كون كل واحد منهما م: **(مالاً متقومًا ، بخلاف تراب الصاغة لأنه إنما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربا ، حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز)** ش: لعدم ذلك الاحتمال ، وقال محمد في الأصل : فإن كان تراب ذهب بتراب فضة فهو جائز ، وكل واحد منهما بالخيار إذا رأى ما فيه .

واعلم أن بيع تراب الصاغة بخلاف الجنس إنما يجوز إذا وجد فيه الذهب أو الفضة وإذا لم يوجد فلا ، ألا ترى إلى ما قال في الفتاوي الولوالجي : رجل اشترى تراب الصواغين بعرض فهذا على وجهين : إن وجد فيها ذهبًا أو فضة جاز البيع ، لأنه تبين أنه اشترى الذهب والفضة بالعروض وإن لم يجد فيها ذهبًا أو فضة لا يجوز .

م: **(وفي مسألتنا)** ش: المتنازع فيها م: **(لو باعه بجنسه)** ش: أي لو باع حب الحنطة في السنبل بالحنطة م: **(لا يجوز أيضًا لشبهة الربا ؛ لأنه لا يدري قدر ما في السنابل)** .

ومن باع دارًا دخل في البيع مفاتيح أغلاقها ؛ لأنه يدخل فيه الأغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء ، والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسميته ؛ لأنه بمنزلة بعض منه إذ لا ينتفع به بدونه .

ش : فإن قيل : ما الفرق بين مسألتنا وبين ما إذا باع حب قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه، وهما شيئان في كون المبيع متلفًا ، أجيب : بأن الغالب في السنبلة الحنطة يقال : هذه حنطة وهي في سنبلها ، ولا يقال : هذا حب وهو في القطن ، وإنما يقال : هذا قطن ، وكذلك في التمر ، إليه أشار أبو يوسف رحمه الله.

فإن قلت : استدل الشافعي -رحمه الله- أيضًا فيما ذهب إليه ، فإن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر ، وهذا الذي ذكرتم منه لا يدرى قدر الحب في السنابل ، واستدل أيضًا بأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يفرك .

قلت : حديث النهي عن بيع الغرر محمول على بيع الطير في الهواء ، والسمك في الماء ، لأن الغرر ماله عاقبة مستورة ، كذا ذكره في «الصحاح» ، أو يحمل على بيعه قبل أن يشتد ، وحديث الفرك رواه ابن حبان في رواية عوضًا عن قوله عليه الصلاة والسلام « وعن بيع الحب حتى يشتد » . أخرجه أبو داود والترمذي ، وقال : حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث حماد بن سلمة . وقوله : حتى يفرك أي حتى يصير بحال يتأتى فيه الفرك ، والحمل عليه أولى توفيقًا بينه وبين ما روينا فافهم .

م: (**ومن باع دارًا دخل في البيع مفاتيح أغلاقها**) ش: الأغلاق بفتح الهمزة جمع غلق بفتحتين وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح م: (**لأنه يدخل فيه**) ش: أي في البيع م: (**الأغلاق ؛ لأنها مركبة فيها**) ش: في الدار م: (**للبقاء**) ش: لا للانفصال م: (**والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسميته ، لأنه**) ش: أي لأن المفتاح م: (**بمنزلة بعض منه**) ش: أي من الغلق م: (**إذ لا ينتفع به**) ش: أي بالغلق م: (**بدونه**) ش: أي ما بالغلق بالمفتاح وفي بعض النسخ إذ لا ينتفع به بدونه ، أي بدون المفتاح ، وفي «الفوائد الظهيرية» : هذا إذا كانت الأغلاق مركبة في حيطان الدار ، أما إذا كانت منفصلة فلا تدخل بدون الذكر .

فإن قلت : يرد على هذا التعليل الطريق ، حيث لا يدخل في بيع الدار مع أن الدار لا ينتفع إلا بها .

قلت : إنما لا يدخل الطريق لأن المقصود من شراء الدار ربما يكون نفس الملك لا الانتفاع بها بأن يكون مراد المشتري بها أخذ دار يجنبها لسبيل الشفعة ، حتى إذا كان المقصود الانتفاع بها يدخل الطريق أيضًا كما في الإجارة والقسمة والصدقة الموقوفة .

قال : وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع ، أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ، ومعنى هذا إذا بيع مكايلة ، وكذا أجرة الوزان والذراع والعداد ، وأما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد ، لأن النقد يكون بعد التسليم ، ألا ترى أنه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه ، ليميز ما تعلق به حقه من غيره ، أو ليعرف المعيب ليرده . وفي رواية ابن سماعة عنه : على المشتري لأنه يحتاج إلى التسليم الجيد المقدر ، والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه . قال: وأجرة وزان الثمن على المشتري ؛ لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم . قال : ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن أولاً لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض ، لما أنه لا يتعين بالتعيين تحقيقًا

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع ، أما الكيل فلابد منه للتسليم وهو) ش: أي التسليم م: (على البائع ، ومعنى هذا إذا بيع مكايلة ، وكذا أجرة الوزان والذراع والعداد) ش: قيد به لأنه لو بيع مجازفة لا يجب أجرة هؤلاء على البائع إذا باع بشرط الوزن والذرع والعدد ، لأن تحقق الإبقاء بذلك م: (وأما النقد) ش: أي وأما أجرة ناقد الثمن م: (فالمذكور) ش: أي في القدوري أنه على البائع .

م: (رواية ابن رستم عن محمد ؛ لأن النقد يكون بعد التسليم ، ألا ترى أنه) ش: أي التسليم م: (يكون بعد الوزن) ش: أي بعد وزن الثمن م: (والبائع هو المحتاج إليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره) ش: أي من غير حقه من الرديء م: (أو ليعرف) ش: أي البائع م: (المعيب) ش: إذا وجده معيبًا م: (ليرده) ش: على المشتري .

م: (وفي رواية ابن سماعة عنه) ش: أي عن محمد أجرة النقاد م: (على المشتري ؛ لأنه يحتاج إلى التسليم الجيد المقدر) ش: لأن حق البائع في القدر والجودة جميعًا م: (والجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه) ش: أي على المشتري وقال الفقيه أبو الليث «في العيون» : أجرة وزان الثمن والناقد على المشتري ، لأن عليه أن يوفيه الوزن ، وفي «الخلاصة» : والصحيح أنها على المشتري .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه) ش: أي أن المشتري م: (هو المحتاج إلى تسليم الثمن ، وبالوزن يتحقق التسليم) ش: فيكون الوزان على المشتري .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن باع سلعة بثمن) ش: أي بالدراهم والدنانير م: (قيل للمشتري : ادفع الثمن أولاً ؛ لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض، لما أنه) ش: أي أن الثمن ، قال الشافعي في قول وبه قال مالك : م: (لا يتعين بالتعيين تحقيقًا

للمساواة . قال: ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنًا بثمن قيل لهما سلما معًا ؛ لاستوائهما في التعين وعدمه ، فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع .

للمساواة) ش: أي في المالية ، وبقولنا قال الشافعي -رضي الله عنه- في الأصح : أنه يجبر البائع على تسليم المبيع أولاً ، وبه قال أحمد . وعنه في قول يجبرهما الحاكم على التسليم فيأمر كل واحد منهما إحضار ما عليه ، فإذا أحضراه يسلم الثمن إلى البائع والمبيع إلى المشتري .

وفي قول : لا يجبرهما ويمنعها عن التحام فإذا سلم أحدهما أجبر الآخر ، كذا في «شرح الوجيز» ، وقال الأترازي : وهذا الذي قلنا من وجوب دفع الثمن أولاً على المشتري فيما إذا كان المبيع حاضرًا ، أما إذا كان غائبًا فلم يقص عليه الشيخ أبو الحسن الكرخي في «مختصره» .

وقال : فإن كان المبيع غائبًا عن حضرتهما فللمشتري أن يمتنع من التسليم حتى يحضر المبيع ويكون بحيث يمكنه قبضه في مكانه إذا دفع الثمن ثم البيع في زمان الحبس في ضمان البائع إلى أن يسلمه إلى المشتري حتى إذا هلك في يد البائع انتقض البيع ، ويعود الثمن إلى المشتري .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن باع سلعة بسلعة أو ثمنًا**) ش: أي وباع م: (**بثمن قيل لهما سلما معًا**) ش: هذا بإجماع الأئمة الأربعة م: (**لاستوائهما**) ش: أي لاستواء البائع والمشتري م: (**في التعين وعدمه فلا حاجة إلى تقديم أحدهما في الدفع**) ش: أي في دفع المبيع والثمن. وفي «المجتبى» لابد من معرفة كيفية التسليم والتسلم ، ومكان التسليم التخلية بين المشتري وبين المبيع من غير مانع من قبضه ، وبه يدخل البيع في ضمان المشتري .

قال ابن شجاع : وهذا باتفاق أهل العلم ، وقال الشافعي - رضي الله عنه - : القبض في الدراهم والدنانير لهما بالتزاحم ، وفي الثياب ونحوها بنقله من مكا ن إلى مكان إلا الطعام مكايلة فبالمكيل وفي العقار والشجر بالتخلية ، وفي «الغاية» : المحكم فيه العرف فقبض العقار بالتخلية وقبض المنقول النقل إلى مكان لا يختص بالبائع ، وبه قال أحمد ، وفي «المجتبي» : أمره البائع بالقبض فلم يقبضه حتى أخذه إنسان فإن أمكنه قبضه من غير قيام صح التسليم وإلا فلا .

وفي «النظم» : أمر البائع المشتري بحلق شعر العبد أو بالحجامة أو يسقيه دواء أو بتداوي جرحه ففعل لا يصير قابضًا ، ولو قبض المشتري فوجد فيه عيبًا ففعل هذه الأشياء لا يكون رضا ولو أمره بختان الجارية أو العبد أو الفصد أو ربط جرحه أو قطع عرقه أو كان ثوبًا فقطعه أو قصره أو غسله أو فعلاً يحذوه أو طعامًا تطبخه أو جارية فأمره أن يزوجها فزوجها ودخل بها زوجها يكون قبضًا ، ولو لم يدخل لا يكون قبضًا ، ولو فعل المشتري شيئًا من هذه الأشياء بعد

....

وجدان العيب به يصير راضيًا ، ولو لم يكن له الرد فيرجع بالنقصان في هذا كله .

وفي «جمع النوازل » : دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه من غير كلفة ، ولو باع حنطة في بيته ودفع إليه المفتاح ليقبض فإن قال : خليت بينك وبينها فتسلم وإلا فلا تسلم الدار ، وهما غائبان عنها ، وقال المشتري قبضتها لم يصر قابضًا حتى يكون قريبًا بحيث يقدر إغلاقها .

وفي «جامع شمس الأئمة» : يصح القبض وإن كان العقار غائبًا عند أبي حنيفة خلافًا لهما اشترى فرسًا في حظيرة فقال البائع : سلمته إليك ففتح المشتري الباب فذهب فإن أمكنه أخذه بيده بلا عون كان تسليمًا ، وإلا فلا ، وكذا الطير .

وفي جامع شمس الأئمة : إن كان لا يقدر بقبضه إلا مع الحبل وليس معه حبل لا يكون قبضًا وعلى هذا العون ، ولو كان معه حبل وعون فقبض ، وكذا لو اشترى رمكة من الرماك في حظيرة ولو اشتري الرماك كلها ، فالتخلية بينه وبين الحظيرة تسليم ، حتى لو غلبته وهلكن هلكن من المشتري ، ولو كان في البيت متاعه وإن قل أو ذرعه يمنع التسليم .

وعن الوبري : المتاع لغير البائع لا يمنع ، فلو أذن له بقبض المتاع والبيت صح وصار المتاع وديعة عنده ولو هلك الثوب وهو في أيديهما بعد التخلية فهو قبض عند محمد خلافًا لأبي يوسف . ولو اشترى دهنًا ودفع قارورة ليزنه فيها بحضرة المشتري ، فهو قبض ، وكذلك تعيينه على الأصح وإن كان في بيت البائع ، وكذا سائر المكيلات والموزونات إذا وزنها أو كالها في وعاء المشتري بأمره .

ولو غصب شيئًا بعينه ثم اشتراه صار قابضًا بالشراء ، وليس للبائع حبسه بالثمن بخلاف الوديعة والعارية إلا إذا وصل إليه بعد التخلية ، ولو اشترى حنطة في السواد يجب تسليمها في السواد ، ولو اشترى تمرًا على الأشجار فجذها على المشتري وفي «الموازنة» على البائع ، وكذا قلع الجزر والشلجم ونحوها على المشتري إلا قدر الأنموذج فهو على البائع بكل حال ، ولو اشترى حنطة في سنبله أو شيئًا في جوالق أو ثوبًا في وعاء فالإخراج على المشتري ، ولو اشترى وقر حنطة في المصر فحملها على البائع ، ولو اشترى حنطة في سنبلها فتخليصها بالكربس والتذرية على البائع والتبن للبائع .

* * *

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري . ولهما الخيار ثلاثة أيام فما دونها . والأصل فيه ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو

م: (باب خيار الشرط)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام خيار الشرط ، ولما فرغ عن بيان البيع اللازم وهو الذي ليس فيه خيار بعد وجود شرائطه شرع في بيان البيع الغير اللازم ، وهو ما فيه الخيار ، ولكون اللازم أقوى قدمه على غيره ، ثم قدم خيار الشرط لأنه يمنع ابتداء الحكم على خيار الرؤية لأنه يمنع تمام الحكم ، ثم خيار العيب لأنه يمنع لزوم الحكم .

والخيار في البيع على أربعة أنواع : خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار العيب، وخيار التعيين ، كما إذا اشترى أحد الثوبين وهو بالخيار على أن يأخذ أيهما شاء ، وسيجيء في هذا الباب إن شاء الله تعالى . قوله : خيار الشرط أي خيار يثبت بالشرط ، إذ لو لا الشرط لما ثبت الخيار بخلاف خيار الرؤية والعيب ، فإنهما يثبتان من غير شرط ، وهذه الإضافة من باب إضافة الحكم إلى سببه ، كصلاة الظهر ، وكان من حقه ألا يدخل في البيع لكونه في معنى القمار ، ولكن لما جاءت به السنة لم يكن هذا من العمل به فظهر عمله في منع الحكم دون السبب تقليلاً لعمله بقدر الإمكان .

وشرط الخيار جائز بإجماع العلماء والفقهاء ، ولكن اختلفوا في المدة ، ويجوز للبائع وللمشتري أو لهما معًا أو لغيرهما ، وفي غيرهما اختلاف يجيء إن شاء الله تعالى.

وقال سفيان الثوري وابن شبرمة : يجوز للمشتري لا للبائع ، لأنه ثبت بخلاف القياس فيقصر على مورد النص وهو المشتري ، قلنا : النص هو قوله عليه الصلاة والسلام: «**إذا بايعت**» يتناول البيع والشراء فيجوز لهما ، وكان بالناس حاجة إليه ليدفع الغبن بالتردي ، وفيه يستوي البائع والمشتري م: (**خيار الشرط جائز في البيع للبائع والمشتري ولهما الخيار ثلاثة أيام**) .

قال الأترازي : وقوله ثلاثة أيام يروى بالنصب على أنه ظرف ، أي في ثلاثة أيام ، وبالرفع على أنه خبر أو خبر مبتدأ محذوف ، أي هو ثلاثة أيام .

قلت : في قوله خبر بعد خبر تأمل لا يخفى ، والأولى أن يكون خبر مبتدأ محذوف تقديره مدة الخيار ثلاثة أيام م: (**فما دونها**) ش: أي فما دون ثلاثة أيام ، لأنه إذا جاز في ثلاثة أيام ففيما دونها بطريق الأولى.

م: (**والأصل فيه**) ش: أي في جواز شرط الخيار م: (**ماروي أن حبان بن منقذ بن عمرو**

الأنصاري -رضي الله عنه- كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه الصلاة والسلام : «إذا بايعت فقل لا خلابة ، ولي الخيار ثلاثة أيام»

الأنصاري -رضي الله عنه - كان يُغبن في البياعات، فقال له النبي عليه الصلاة والسلام: « إذا بايعت فقل: لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام»)[1] .

ش: هذا الحديث رواه الحاكم في المستدرك من حديث محمد بن إسحاق عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنهما - قال : كان حبان بن منقذ رجلاً ضعيفًا وكان قد ثقل لسانه فقال له رسول الله ﷺ : «بع وقل لا خلابة» ، فكنت أسمعه يقول : لا خلابة لا خلابة ، وكان يشتري الشيء ويجيء به إلى أهله فيقولون له : إن هذا غال ، فيقول : إن رسول الله ﷺ قد خيرني في بيعي ، وسكت عنه الحاكم .

وكذلك رواه الشافعي -رضي الله عنه-: أخبرنا سفيان عن محمد بن إسحاق به ، ومن طريق الشافعي رضي الله عنه رواه البيهقي في «المعرفة» ، ورواه البخاري في «تاريخه الأوسط» ، وقال : حدثنا العباس بن الوليد حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى عن ابن إسحاق ، حدثني محمد بن يحيى بن حبان قال : كان جدي منقذ بن عمرو أصابته آفة في رأسه فكسرت لسانه ، ونازعت عقله ، وكان لا يدع التجارة فلا يزال يغبن ، فذكر ذلك لرسول الله ﷺ فقال : « إذا بعت فقل لا خلابة ، وأنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال» .

وعاش مائة وثلاثين سنة ، و كان في زمن عثمان -رضي الله عنه- يبتاع في السوق ، فيصير إلى أهله فيلوموه ، فيرده ، ويقول: إن النبي ﷺ جعلني بالخيار ثلاثًا ، فيمر الرجل من أصحاب رسول الله ﷺ فيقول صدق ، ذكره في ترجمة منقذ .

فإن قلت : دل حديث الحاكم على أن القضية لحبان بن منقذ ، وحديث البخاري في تاريخه دل على أنه لمنقذ بن عمرو والد حبان .

قلت : روى الترمذي حدثنا يوسف بن حماد البصري ، حدثنا عبد الأعلى بن عبد الأعلى، عن سعيد ، عن قتادة ، عن أنس -رضي الله عنه- أن رجلاً كان في عقدته ضعف ، وكان يبايع ،وإن أهله أتوا النبي ﷺ فقالوا: يا رسول الله احجر عليه ، فدعاه رسول الله ﷺ فنهاه ، فقال يا رسول الله إني لا أصبر عن البيع ، فقال : «إذا بايعت فقل هاء وهاء ولا خلابة »، ثم قال: وحديث أنس حديث حسن صحيح غريب ، ورواه بقية أصحاب السنن .

وقال شيخنا في «شرحه للترمذي» : الرجل المبهم في هذا الحديث اختلف فيه هل هو

---

(١) سبق تخريجه .

ولا يجوز أكثر منها عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر والشافعي ، وقالا:يجوز إذا سمى مدة معلومة، لحديث ابن عمر - رضي الله عنهما- أنه أجاز الخيار إلى شهرين ، ولأن الخيار إنما شرع للحاجة

حبان بن منقذ ، أو والده منقذ بن عمرو ، فصحح ابن العربي أنه منقذ بن عمرو، ورجح النووي أنه حبان بن منقذ ، قوله : هاء روى بالمد والقصر ومعناه الأخذ والعطاء ، كقوله في حديث الربا : إلا هاء وهاء ، والخلابة بكسر الخاء المعجمة وبالباء الموحدة ، وهي الخديعة .

وروي لا خلانة بالنون مكان الموحدة ، وهو تصحيف ، وحبان بفتح الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة ، ابن منقذ بضم الميم وسكون النون وكسر القاف وبالذال المعجمة ، ابن عمرو بن مالك شهد أحداً ومن ولده يحيى وواسع وأمه هند بنت ربيعة بن الحارث بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف .

كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم، وقال ابن ماكولا : ومنقذ بن عمرو المازني الأنصاري ، مدني له صحبة ،وهو جد محمد بن يحيى بن حبان م: (**ولا يجوز أكثر منها**) ش: أي من ثلاثة أيام م: (**عند أبي حنيفة ، وهو قول زفر والشافعي**) ش: وقال مالك : شرط الخيار على حسب ما تدعو إليه الحاجة ، وذلك يختلف باختلاف الأموال . فإن كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة مثلاً لم يجز أن يشترط الخيار فيه أكثر من يوم ، وإن كان صيغة لا يمكن الوقوف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط فيها أكثر من ثلاثة أيام .

م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد : م: (**يجوز إذا سمى مدة معلومة**) ش: سواء كان شهراً أو سنة أو أكثر ، ولو شرط الخيار أبداً لا يجوز بالإجماع وبقولهما قال أحمد م: (**لحديث ابن عمر- رضي الله عنهما- أنه أجاز الخيار إلى شهرين**) [1] ش: هذا غريب جداً ، والعجب من الأكمل أنه قال : ولهما حديث ابن عمر أن النبي ﷺ أجاز الخيار إلى شهرين ، ونفس إسناده إلى ابن عمر لم يصح ، فكيف يرفع إلى النبي ﷺ .

وقال الأترازي : وقد روى أصحابنا في شروح «الجامع الصغير» : أن ابن عمر شرط الخيار شهرين ، كذا ذكرفخر الإسلام .

وقال العتابي : إن عبد الله بن عمر باع بشرط الخيار شهراً ، وقال في «المختلف» روي عن ابن عمر أنه باع جارية وجعل للمشتري الخيار شهراً ، وكل هذا لم يثبت ، واستدل الكاكي لهما بقوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون عند شروطهم»[2] م: (**ولأن الخيار إنما شرع للحاجة**

---

(١) قال الحافظ الزيلعي : غريب جداً .

(٢) سبق تخريجه .

إلى التروي ليندفع الغبن ، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر ، فصار كالتأجيل في الثمن ، ولأبي حنيفة أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد ،وهو اللزوم ، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة إلا أنه إذا أجاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة خلافًا لزفر، هو يقول إنه انعقد فاسدًا فلا ينقلب جائزًا ، وله أنه أسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزًا كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس ،

إلى التروي) ش: أي التأمل والتفكر م: (**ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن**) ش: لأن التأجيل في الثمن يجوز في قليل المدة وكثيرها إن كان يخالف مقتضى العقد لأجل الحاجة ، فكذا هذا م: (**ولأبي حنيفة أن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد ، وهو اللزوم ، وإنما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص**) ش: وهو حديث حبان بن المنقذ المذكور م: (**فيقتصر على المدة المذكورة فيه**) ش: أي في النص م: (**وانتفت الزيادة**) ش: على ثلاثة أيام م: (**إلا أنه إذا أجاز في الثلاث جاز عند أبي حنيفة**) ش: استثناء من قوله : **ولا يجوز أكثر منها** ، ومعناه لا يجوز أكثر منها ، لكن لو ذكر الأكثر منها وأجاز من له الخيار في الثلاث جاز .

ويجوز أن يكون استثناء من قوله : فيقتصر على المدة المذكورة بالتوجيه المذكور ، والأول أولى لقوله : م: (**خلافًا لزفر**) ش: تأمل م: (**هو**) ش: أي زفر- رحمه الله- م: (**يقول: إنه**) ش: أي إن العقد م: (**انعقد فاسداً فلا ينقلب جائزاً**) ش: كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ، ثم أسقط الدرهم الزائد ، كما لو نكح امرأة وتحته أربع نسوة ثم طلق الرابعة لا يحكم بصحة نكاح الخامسة ، وكما لو اشترى عبداً بألف ورطل من خمر ، ثم أسقط رطل الخمر ، فإنه لا يعود إلى الجواز ، لأن البقاء على وقف الثبوت .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أنه**) ش: أي أن من له الخيار م: (**أسقط المفسد**) ش: وهو اشتراط اليوم الرابع م: (**قبل تقرره**) ش: أي لزومه وثبوته بمضي ثلاثة أيام .

م: (**فيعود جائزاً**) ش: اعلم أن مشايخنا -رحمهم الله- اختلفوا في حكم هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة ، فذهب العراقيون إلى أنه ينعقد فاسداً ، ثم ينقلب صحيحًا ، بحذف خيار الشرط قبل اليوم الرابع وذهب أهل خراسان -وإليه مال شمس الأئمة السرخسي- إلى أنه موقوف .

فإذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد ، فقول المصنف أنه أسقط المفسد قبل تقرره تعليل على الرواية الأولى ، وذكر النظير لهذا بقوله : م: (**كما إذا باع بالرقم وأعلمه في المجلس**) ش: الرقم في الأصل الكتابة والختم .

وفي « المغرب » التاجر يرقم الثياب أي يعلمها بأن ثمنها كذا وكذا ، والمقصود ها هنا أن

ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع ، فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ، ولهذا قيل :إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع ، وقيل ينعقد فاسداً ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط ، وهذا على الوجه الأول . ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز ، وإلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف ،

يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها الدلال أو غيره ثمن الثوب ، ولا يعلم المشتري ذلك .

فإن قال : بعتك هذا الثوب برقمه ، وقبل المشتري من غير أن يعلم المقدار انعقد البيع فاسداً، فإن علم المشتري قدر الرقم في المجلس ، وقيل انقلب جائزاً بالاتفاق قوله : م: (**ولأن الفساد باعتبار اليوم الرابع**) ش: تعليل على الرواية الثانية .

وتقريره أن اشتراط الخيار غير مفسد للعقد ، وإنما المفسد باعتبار اليوم الرابع بالأيام الثلاثة م: (**فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد**) ش: فكان صحيحًا م: (**ولهذا قيل**) ش: متصل بقوله ، ولأن الفساد وهو الذى قرر على مذهب الخراسانيين وهو م: (**إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع**) ش: على ما تقرر آنفًا .

م: (**وقيل : ينعقد فاسداً**) ش: هذا على مذهب العراقيين م: (**ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط**) ش: على ما مر أيضًا م: (**وهذا**) ش: أي القول بانعقاده فاسداً .

ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط إنما يستقيم م: (**على الوجه الأول**) ش: أي التعليل الأول، وهو قوله : أسقط المفسد إلى آخره ، وأما على التعليل الثاني وهو قوله : لأن الفساد ، إلى آخره فلا يستقيم ، لأنه لم ينعقد فاسداً فلا يمكن ارتفاع الفساد بحذف الشرط ، والجواب عما قاس عليه زفر من المسائل أن الفساد فيها في صلب العقد، وهو البدل، فلم يمكن دفعه ، وفي مسألتنا في شرطه فأمكن م: (**ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما جاز**) ش: ويسمى هذا خيار النقد ، والقياس يأبى جوازه وبه أخذ زفر والشافعي ومالك وأحمد- رضي الله عنهم- ، لأنه شرط لا يقتضيه العقد على مايجيء .

م: (**وإلى أربعة أيام**) ش: يعني لو قال إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام فلا بيع بيننا م: (**لا يجوز، عند أبي حنيفة وأبي يوسف**) ش: قال الأترازي : ذكر المصنف قول أبي يوسف مع أبي حنيفة كما ترى ، وكذلك ذكر الشهيد أيضًا في شرح «الجامع الصغير» ، ولم يذكر محمد خلاف أبي يوسف في أصل «الجامع الصغير» .

وهذا الذي ذكره قول أبي يوسف الأول، وروى الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف أنه رجع عن هذا القول ، وقال : يجوز البيع كما هو قول محمد كذا ذكر الفقيه أبو الليث في «شرح

وقال محمد : يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر ،فإن نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعًا . والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط الخيار ، إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزًا عن المماطلة في الفسخ ، فيكون ملحقًا به ، وقد مر أبو حنيفة على أصله في الملحق به ، ونفى الزيادة على الثلاث ،

الجامع الصغير» .

ولهذا المعنى قال صاحب المنظومة :

واضطرب الأوسط فيه فاعقل

م: (**وقال محمد : يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر**) ش: كما يجوز عند شرط الخيار أربعة أيام أو أكثرم: (**فإن نقد**) ش: أي المشتري الثمن م: (**في الثلاث**) ش: أي في ثلاثة أيام في المسألة المذكورة م: (**جاز في قولهم جميعًا**) ش: أي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد -رحمهم الله تعالى - .

م: (**والأصل فيه**) ش: أي في الشراء لشرط أنه إذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما م: (**أن هذا**) ش: أي الشراء بهذا الشرط م: (**في معنى اشتراط الخيار**) ش: لأن معنى الخيار نقد الثمن ، على تقدير إجازة البيع ، وعدم نقده على تقدير فسخ البيع ، فكذا هاهنا إن شاء نقد الثمن فتم البيع ، وإن شاء لم ينقد فانفسخ البيع .

م: (**إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة**) ش: أي عن المدافعة م: (**في الفسخ**) ش: وهذا تعليل لقوله : الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد ، كأنه ذكر هذا جوابًا لسؤال يرد عليه ، بأن يقال : لا نسلم أن الحاجة ماسة إلى الانفساخ لأن الحاجة تندفع بالشراء بشرط الخيار ، لأنه إذا اشترى بالخيار إن شاء أجاز وإن شاء فسخ ، ولا حاجة إلى تصحيح هذا العقد بلا حاجة .

فقال في جوابه : هذا أن الفسخ يكون بالشراء لشرط الخيار ، لكن ليس لمن له الخيار أن يفسخ بغير حضرة صاحبة عند أبي حنيفة ومحمد ، فتحصل المماطلة حينئذ في الفسخ ، فإذا كان كذلك م: (**فيكون ملحقًا به**) ش: أي بخيار الشرط .

م: (**وقد مر أبو حنيفة على أصله في الملحق به**) ش: وهو خيار الشرط م: (**ونفى الزيادة على الثلاث**) ش: فكذا في الملحق، وهو خيار النقد ، والحاصل أن أبا حنيفة مشى على أصله في شرط الخيار ، حيث لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام .

فكذا ما هو في معناه إلا إذا نقد الثمن في الثلاث ، فكان البيع جائزًا لانقطاع المفسدة . م:

وكذا محمد في تجويز الزيادة ، وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر ، وفي هذا بالقياس وفي هذه المسألة قياس آخر ، وإليه مال زفر ، وهو أنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط ، واشتراط الصحيح منها فيه مفسد للعقد ، فاشتراط الفاسد أولى ، ووجه الإستحسان ما بينا .

(**وكذا محمد**) ش: أي وكذا مر محمد على أصله م: (**في تجويز الزيادة**) ش: في الأصل والملحق به ، لأن عنده يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام إذا كانت المدة معلومة فكذا ما كان في معناه .

م: (**وأبو يوسف أخذ في الأصل بالأثر**) ش: أي أخذ في ثلاثة أيام في قوله : إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا بالأثر ، أي بما روي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - نقله الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير» عن محمد بن الحسن عن عبد الله بن المبارك عن ابن جريج عن سليمان مولى ابن البرصاء قال متى بعت من عبد الله بن عمر جارية على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا ، فأجاز ابن عمر هذا البيع ، ولم يرد عن أحد من نظرائه خلافه .

م: (**وفي هذا بالقياس**) ش: أي أخذ في الزائد على ثلاثة أيام في خيار النقد بالقياس ، يعني النص مقيد بالثلاث في خيار النقد . وما ورد النص في خيار النقد في الزيادة ، وقال الأترازي : أبو يوسف مر على أصله أيضًا على قوله المرجوع إليه ، ولكنه فرق وهو بين هذا وبين شرط الخيار على قوله الأول، حيث جوز الزيادة على الثلاثة في شرط الخيار . ولم يجوز ها هنا لأنه اتبع أثر ابن عمر وهو الذي ذكرناه ، ولم يتجاوز حد الأثر وفيما زاد على ذلك أخذ بالقياس، لأن القياس أن لا يصح هذا البيع أصلاً كما قال زفر : لأنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة ، وهي إقالة معلقة بالشرط ، والبيع بشرط الإقالة الصحيحة باطل فبشرط الإقالة الفاسدة أولى .

م: (**وفي هذه المسألة**) ش: المذكورة م: (**قياس آخر ، وإليه**) ش: أي وإلى هذا القياس م: (**مال زفر وهو**) ش: أي هذا القياس م: (**أنه بيع شرط فيه**) ش: أي في البيع م: (**إقاله فاسدة لتعلقها**) ش: أي لتعلق الإقاله م: (**بالشرط**) ش: وهو عدم النقد م: (**واشتراط الصحيح منها**) ش: أي من الإقالة بأن قال: بعتك هذا بشرط أن يقبل البيع م: (**فيه مفسد للعقد فاشتراط الفاسد**) ش: وهو تعليق البيع بالإقالة المعقلة م: (**أولى**) ش: بأن يفسد البيع .

م: (**ووجه الاستحسان ما بينا**) ش: يعني أن هذا البيع لا يجوز إلى ثلاثة أيام أيضًا قياسًا، كما قال زفر ولكنا جوزناه استحسانًا ، ووجهه ما بينا ، وهو أن الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد ، كذا قاله الأترازي . وقال الأكمل : وجه الاستحسان أن هذا في معنى شرط الخيار من حيث الحاجة ، إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزاً عن المماطلة في الفسخ ، وإذا كان في معناه كان ملحقًا به ، ورد بأنا لا نسلم أنه في معناه ، لأن هناك لو سكت حتى مضت المدة تم العقد ، وها هنا لو سكت حتى مضت المدة بطل .

قال : وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ؛ لأن تمام هذا السبب بالمراضاة ، ولا تتم مع الخيار؛ ولهذا ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه ، وإن قبضه بإذن البائع . فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لأن البيع ينفسخ بالهلاك ؛ لأنه كان موقوفًا ولا نفاذ بدون المحل ،

وأجيب بأن النظر في الإلحاق إنما هو إلى المعنى المناط للحكم ، وهو الحاجة وهي موجودة فيهما ، وأما الزائد على ذلك فلا معتبر به . وقال القاضي الإمام ظهير الدين رحمه الله في فوائده ها هنا مسألة لا بد من حفظها ، وهي أنه اذا لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام يفسد البيع ، ولا تنفسخ حتى لو أعتقه المشتري وهو في يده نفذ عتقه ، وإن كان في يد البائع لا ينفذ ، ثم لو كان هذا الشرط للبائع بأن اشترى رجل عبدًا ونقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن فلا بيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط ، ويصير بمنزلة خيار الشرط ، حتى إذا قبض المشتري المبيع يكون مضمونًا عليه بالقيمة ، ولو أعتقه المشتري لا ينفذ عتقه ، ولو أعتقه البائع ينفذ .

وفي «المجتبى» لو قال أحدهما : البيع جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح بالإجماع ، ولو زاد أو أطلق فسد البيع عند أبي حنيفة وزفر والشافعي كالشرط الفاسد الملحق بالبيع الصحيح . وقال أبو يوسف ومحمد وأحمد : يجوز ، كما في شرط الخيار ، ولو قال البائع : خذه وانظر إليه اليوم فإن رضيته أخذته بعشرة فهو خيار باع على أنه بالخيار ، على أن له أن يغله ويستخدمه جاز وهو على خياره ، وعلى أن يأكل من ثمره لا يجوز لأن الثمر له حصة من الثمن .

م: (قال: **وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ، لأن تمام هذا السبب**) ش: أي العلة م: (**بالمراضاة**) ش: لكون الرضاء داخلاً في حقيقته الشرعية .

م: (**ولا تتم**) ش: أي المراضاة م: (**مع الخيار**) ش: لأن البيع به يصير به علة اسمًا ومعنى لا حكمًا ، فمنع ابتداء الحكم به ، وهو الملك فبقي على ملك صاحبه . م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل كونه على ملك صاحبه م: (**ينفذ عتقه**) ش: أي عتق البائع م: (**ولا يملك المشتري التصرف فيه ، وإن قبضه بإذن البائع**) ش: لأجل خيار البائع م: (**فلو قبضه المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة**) ش: وبه قال الشافعي في الوجه المشهور ، ومالك وفي وجه ضمنه بالثمن ، وهو قياس قول أحمد ، وقال ابن أبي ليلى لا يضمنه لأنه قبضه بإذن المالك فيكون أمينًا فلا ضمان عليه م: (**لأن البيع ينفسخ بالهلاك**) ش: والمنفسخ به مضمون بالقيمة ، وذلك لأن المعقود عليه بالهلاك صار إلى حاله لا يجوز ابتداء العقد عليه فيها ، فلا تلحقها الإجارة ، وهو معنى قوله م: (**لأنه كان موقوفًا**) ش: أي في حق الحكم م: (**ولا نفاذ بدون المحل**) ش: كأنه جواب سؤال مقدر ، كأنه قيل : لم صار موقوفاً فأجاب أنه لا نفاذ للحكم بدون المحل لأنه فات بالهلاك ، فإذا كان

فبقي مقبوضًا في يده على سوم الشراء ، وفيه القيمة ، ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارًا بالصحيح المطلق . قال : وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ؛ لأن البيع في جانب الآخر لازم ، وهذا لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار ؛ لأنه شرع نظرًا له دون الآخر . قال: إلا أن المشتري لا يملكه عند أبي حنيفة ، وقالا : يملكه ؛ لأنه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ، ولأبي حنيفة أنه لما لم يخرج الثمن عن ملكه ، فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان

كذلك م: (**فبقي مقبوضًا في يده على سوم الشراء**) ش: أي على طلب المشتري ، م: (**وفيه**) ش: وفي المقبوض على سوم المشتري يجب م: (**القيمة**) ش: لأنه مقبوض بالعقد ، هذا إذا لم يكن مثليًا وإن كان مثليًا يجب المثل ، كذا في «شرح الأقطع وغيره ».

وقال الكاكي : وفي «اليتيمة» أن المقبوض على سوم المشتري إنما يكون مضمونًا إذا كان الثمن مسمى ، حتى أنه إذا قال : قد أذهب بهذا الثوب ، فإن رضيته اشتريته فذهب فهلك لا يضمن . ولو قال : إن رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك ضمن قيمته ، وعليه الفتوى . م: (**ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشترى اعتباراً بالصحيح**) ش: أى البيع الصحيح م: (**المطلق**) ش: أي المطلق عن الخيار ، وهو البيع البات ، فإن البيع فيه لو هلك في يد البائع ينفسخ البيع ، فكذا هذا . وإنما ذكر الصحيح مع أن الحكم في الفاسد كذلك حملاً لحال المسلم على الصلاح إذ الصحيح أليق به دون الفاسد م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع**) ش: وهذا بالاتفاق م: (**لأن البيع في جانب الآخر لازم**) ش: الآخر هو البائع . ومعنى لازم ثابت لتمام المرضي منه حتى لا يتمكن البائع من الفسخ م: (**وهذا**) ش: أى منع خروج المبيع عن ملك البائع عند خيار المشترى م: (**لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار ؛ لأنه**) ش: أي لأن الخيار إنما يمنع خروج البدل عن ملك من له الخيار ، لأنه م: (**شرع نظراً له دون الآخر**) ش: يعني لم يشرع للآخر الذي ليس له الخيار ، لأن الخيار مانع للحكم في جانب ثمن الخيار لا في جانب من ليس له الخيار.

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**إلا أن المشتري لا يملكه**) ش: أي المبيع (**عند أبي حنيفة وقالا: يملكه**) ش: وبه قال الشافعي -رضي الله عنه -في قول ومالك وأحمد م: (**لأنه**) ش: أي لأن المبيع م: (**لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زائلاً لا إلى مالك ولا عهد لنا به**) ش: بعين غير معهود م: (**في الشرع**) ش: فصار كالسائبة .

م: (**ولأبي حنيفة أنه**) ش: أي الشأن م: (**لما لم يخرج الثمن عن ملكه**) ش: أي عن ملك المشتري م: (**فلو قلنا بأنه يدخل المبيع في ملكه**) ش: أي في ملك المشتري م: (**لاجتمع البدلان**)

في ملك رجل واحد ، حكمًا للمعاوضة، ولا أصل له في الشرع ؛ لأن المعاوضة تقتضي المساواة، ولأن الخيار شرع نظرًا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة ، ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره ، بأن يكون قريبه فيفوت النظر . قال : فإن هلك في يده هلك بالثمن ،

ش: أي الثمن والمثمن م: (**في ملك رجل واحد حكمًا للمعاوضة**) ش: يعني من حيث حكم المعاوضة ، واحترز به عن ضمان غصب المدبر ، لأن الضمان يجب على الغاصب إذا أبق العبد، ولا يخرج المدبر عن ملك مولاه فيجتمع البدلان لأن ذلك ضمان جناية لا ضمان معاوضة .

فإن قلت : المسلم إليه يملك رأس المال والمسلم فيه في ملكه . قلت : المسلم فيه يملكه رب المسلم في ذمة المسلم إليه ، لأن له حكم الثمن ولهذا جاز فيه صنوب الأجل وهو كسائر البياعات فإن البائع يملك الثمن في ذمة المشتري فلا يجتمع البدلان فإن قلت يرد عليكم اجتماع الأجرة والمنافع في ملك المؤجر إذا شرط تعجيل الأجرة . قلت : لا نسلم الاجتماع لأن المنافع معدومة فكيف يكون الاجتماع فإذا حدثت ملكها المستأجر ولا اجتماع إذن .

م: (**ولا أصل له في الشرع**) ش: أي الأصل لاجتماع البدلين في ملك رجل واحد حكمًا للمعاوضة م: (**لأن المعاوضة تقتضي المساواة**) ش: يعني المساواة المكفية ، وهي أن يدخل المبيع في ملك المشتري ، والثمن في ملك البائع (**ولأن الخيار شرع نظراً للمشتري ليتروى**) ش: أي ليتأمل ويتفكر م: (**فيقف على المصلحة ولو ثبت الملك**) ش: أي في ملك المشتري م: (**ربما يعتق عليه بغير اختياره**) ش: لا له م: (**بأن يكون**) ش: أى المبيع م: (**قريبه**) ش: فيعتق عليه من غير اختياره م: (**فيفوت النظر**) ش: لأن الأمر يتردد على موضوعة بالنقض .

وأما الجواب عن قوله لا نظير له في الشرع ، قلنا : يبطل ذلك بما إذا اشترى متولي الكعبة إشارة لها أو عبيداً لسدنتها حيث يزول عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشترى ، ويبطل أيضًا بالتركة المستغرقة بالدين ، لأن التركه تزول عن ملك الميت ، ولا تدخل في ملك الورثة . فإن قيل : لو لم يثبت الملك للمشتري ينبغي أن لا يكون له حق الشفعة به ، كما لا يستحق الشفعه بدار السكنى ، وكان له حق الشفعه بالإجماع .

قلنا : إنما تستحق الشفعة لأنه بشرائها صار أحق بها تصرفًا ، لأنه ملكها بمنزلة العبد المأذون إذا بيعت دار بجنبه فإنه يستحق الشفعة بهذا الشراء وإن لم يثبت له الملك ، ولهذا لو أعتقه المشتري ينفذ عتقه لأنه صار أحق بالتصرف فيه ، وإقدامه على الإعتاق إسقاط الخيار منه ، كذا في« المبسوط» . م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإن هلك في يده**) ش: أي وإن هلك المبيع في يد المشتري م: (**هلك بالثمن**) ش: سواء هلك في مدة الخيار أو بعدها فعليه الثمن في الوجهين ، كذا قال فخر الإسلام في «شرح الجامع الصغير» .

وكذلك إذا دخله عيب ، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع ، ووجه الفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد ، والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك ، والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن ، بخلاف ما تقدم؛ لأن بدخول العيب لا يمتنع الرد حكمًا لخيار البائع فيهلك ، والعقد موقوف .

وقال زفر والشافعي -رضي الله عنهما- في قول: يهلك بالقيمة كخيار البائع ، ونقل الأترازي عن المختلف أن عند الشافعي -رضي الله عنه- يجب عليه القيمة إذا هلك في المدة، م: **(وكذلك إذا دخله عيب)** ش: أي وكذلك يجب الثمن إذا دخل المبيع عيب في مدة الخيار فتعذر رده يلزمه الثمن لانبرام العقد . وقال الكرخي في مختصره: وإذا قبض المشتري المبيع فدخله في يده عيب ينقص القيمة من فعل المشتري أو غير فعله تم البيع عليه ، ويلزمه الثمن. وفي «الإيضاح» إذا كان الخيار للمشتري فحدث في ملكه عيب يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره، لأنه إذا زال المرض ارتفع النقص، فصار كأن لم يكن ، وليس له أن يفتح إلا أن يرفع في الثلاث ، فإذا مضت الثلاث والعيب قائم لزم العقد لتعذر الرد م: **(بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع)** ش: يعني إذا كان الخيار للبائع وهلك المبيع في يد المشتري في مدة الخيار يجب القيمة .

م: **(ووجه الفرق)** ش: يعني بين ما إذا كان الخيار للمشتري وهلك في يده حيث يجب الثمن وبين ما إذا كان الخيار للبائع وهلك في يد المشتري في مدة الخيار حيث يجب القيمة م: **(أنه)** ش: أي أن المبيع م: **(إذا دخله عيب)** ش: في يد المشتري والخيار له م: **(يمتنع الرد ، والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب)** ش: لأنه بناء على سبب مفض إليه .

بيانه أن الهلاك لا يعرى عن عيب يسبق الهلاك ، وذلك بسبب عيب فيكون المبيع معيبًا حين أشرف على الهلاك ، فبالعيب امتنع رده م: **(فيهلك والعقد قد انبرم)** ش: أي والحال أن العقد قد تم ولزم ، ولفظ انبرم مطاوع أبرم الأمر إبرامًا إذا أحكمه ، فإذا كان كذلك م: **(فيلزمه الثمن)** ش: أي فيلزم المشتري الثمن الذي وقع عليه العقد م: **(بخلاف ما تقدم)** ش: وهو ما إذا كان الخيار للبائع فهلك في يد المشتري .

م: **(لأن بدخول العيب)** ش: قبل الهلاك م: **(لا يمتنع الرد حكمًا)** ش: أي من حيث الحكم م: **(لخيار البائع)** ش: أي لأجل خياره فلما لم يمتنع الرد لم يكن العقد منبرمًا م: **(فيهلك والعقد موقوف)** ش: حينئذ ، فيلزمه القيمة ، لأنه ليس بأدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء ولم يلزمه الثمن لعدم انبرام العقد .

وقال الكاكي: ثم هذا في عيب لا يرتفع في مدة الخيار كقطع اليد ، وأما لو كان عيبًا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خيار إذا زال في المدة ، فله الفسخ بعد ارتفاعه ، ولو لم يرتفع بعد مضي المدة لزم العقد لتعذر الرد ، كذا في «الإيضاح» .

قال : ومن اشتري امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح ؛ لأنه لم يملكها لما له من الخيار . وإن وطئها له أن يردها لأن الوطء بحكم النكاح إلا إذا كانت بكراً ؛ لأن الوطء ينقصها

وعن أبي يوسف : يبطل خيار المشتري في كل عيب بأي وجه كان ، إلا في خصلة ، وهي أن النقصان إذا حصل في يد المشتري بفعل البائع فلا يبطل خياره ، إن شاء رده وإن شاء أجاز البيع وأخذ من البائع الأرش ، وفي زيادة متصلة متولدة في المبيع كالحسن والجمال وغيرهما يبطل خياره ، ويفسد البيع عند أبي حنيفة وأبي يوسف .

وقال محمد : لا يمنع الرد وهو على خياره ، ولو كانت الزيادة متصلة غير متولدة منه ، كالصبغ والخياطة وغيرهما لا يمنع الرد بالإجماع ، ولوكانت الزيادة منفصلة متولدة منه كالولد، والأرش ، والعقر ، و التمر ، واللبن والصوف يمنع الرد ، ويبطل الخيار ، وينعقد العقد .

ولو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالكسب ، والغلة ، والصدقة ، والهبة ، لايمنع الرد، وهو على خياره ، إلا أنه إذا اختار للبيع فالزوائد له مع الأصل ، وإلا اختار الرد يرد الأصل مع الزوائد عند أبي حنيفة . وعندهما الأصل دون الزوائد .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (**ومن اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح**) ش: هذه مسائل تترتب على الأصل المتقدم ذكره ، وهو أن الخيار إذا كان للمشتري يخرج المبيع عن ملك البائع ولا يدخل في ملك المشتري عند أبي حنيفة ، وعندهما يدخل ، فعلى هذا إذا اشترى امرأته على أنه بالخيار ثلاثة أيام لم يفسد النكاح م: (**لأنه لم يملكها**) ش: أي لأن الزوج لم يملك امرأته .

م: (**لما له من الخيار ، وإن وطئها له أن يردها**) ش: وقال أبو يوسف ومحمد : يفسد النكاح ، فإن وطئها لم يستطع ردها ، وتأويل المسألة فيما إذا كانت المرأة ثيبًا ، لأنها إذا كانت بكراً يأتي حكمها عن قريب ، وإنما يجوز له ردها عند أبي حنيفة م: (**لأن الوطء بحكم النكاح**) ش: وليس بحكم ملك اليمين حتى يسقط الخيار .

م: (**إلا إذا كانت بكراً**) ش: استثناء من قوله - له أن يردها - أي إذا كانت المرأة بكراً ليس له أن يردها م: (**لأن الوطء ينقصها**) ش: فصار بمنزلة اختيار جزء منها ، فإن قيل : رضي بالنقصان لأنه لما زوجها فقد مكنها على الوطء ، وإذا ثبت الخيار فقد تمكن من الرد فيكون راضيًا بالنقصان، لأنه لما زوجها قلنا لا نسلم أن الرضاء باق بعدما باعها ، بل لا يبقى . وللشافعي -رضي الله عنه- في حل وطئها وجهان : أحدهما : يجوز ، والثاني: لا يجوز، وهو نصه ، أما لو كان البيع غير امرأته لم يحل للمشتري وطؤها على الأقوال كلها .

وهذا عند أبي حنيفة ، وقالا : يفسد النكاح لأنه ملكها . وإن وطئها لم يردها لأن وطأها بملك اليمين فيمتنع الرد وإن كانت ثيباً ، ولهذه المسألة أخوات كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها : عتق المشترى على المشتري إذا كان قريباً له في مدة الخيار ، ومنها عتقه إذا كان المشتري حلف إن ملكت عبداً فهو حر ، بخلاف ما إذا قال : إن اشتريت ؛ لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ،

وقال أحمد : لا يحل للبائع أيضًا م: (وهذا) ش: أي المذكور إلى هنا م: (**عند أبي حنيفة ، وقالا: يفسد النكاح لأنه ملكها**) ش: أي لأن المشتري ملك امرأته م: (**وإن وطئها لم يردها لأن وطأها بملك اليمين فيمتنع الرد وإن كانت ثيبًا**) ش: لأنه كان مختاراً لها ، سواء كان الوطء ينقصها أو لم ينقصها لأنه وطئها بملك اليمين والنكاح عندهما قد ارتفع وأجمعوا على أنه لو لم تكن امرأته بوطئها يصير مختاراً سواء نقصها الوطء أو لم ينقصها لأنه يحصل وطؤها بملك اليمين.

م: (**ولهذاه المسألة أخوات**) ش: أي نظائر م: (**كلها تبتنى على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار**) ش: كما هو مذهبهما م: (**وعدمه**) ش: أي وتبتنى على عدم وقوع الملك للمشتري كما هو مذهب أبي حنيفة - رحمه الله - م: (**منها**) ش: أي من الأخوات م: (**عتق المشترى**) ش: بفتح الراء م: (**على المشتري**) ش: بكسر الراء م: (**إذا كان**) ش: أي المشترى م: (**قريبًا له**) ش: أي للمشتري م: (**في مدة الخيار**) ش: يعني إذا اشترى ذا رحم محرم منه بشرط الخيار لا يعتق عليه في مدة الخيار لأنه لم يملكه ، وخياره كما كان ، فإن فسخ البيع عاد إلى ملك البائع ، وإن أجازه عتق عليه ولزمه الثمن وعندهما يعتق عليه من زمان الشراءلأنه ملكه ويلزمه الثمن ولا يبقى خياره.

م: (**ومنها**) ش: أي من الأخوات م: (**عتقه**) ش: أي عتق المشترى بفتح الراء م: (**إذا كان المشتري**) ش: بكسر الراء م: (**حلف إن ملكت عبداً فهو حر**) ش: يعنى إذا قال إن ملكت عبداً فهو حر ثم اشترى عبداً بشرط الخيار لا يعتق عند أبي حنيفة - رحمه الله - في مدة الخيار لأنه لم يملكه خلافًا لهما م: (**بخلاف ما إذا قال : إن اشتريت**) ش: عبداً فهو حر فاشتراه بالخيار يعتق عليه ويبطل خياره ويلزمه الثمن بالإجماع م: (**لأنه يصير كالمنشئ**) ش: من الإنشاء وهو إثبات أمر لم يكن م: (**للعتق بعد الشراء**) ش: لأن المعلق بالشرط كالمرسل عنده ، ولو أنشأ العتق بعد الشراء بالخيار عتق .

م: (**فيسقط الخيار**) ش: فكذا هذا فإن قيل : لو كان كالمنشئ ينبغي أن ينوب عن الكفارة إذا اشترى المحلوف عليه بعتقه ناويًا عن الكفارة ، أجيب بأنه إنما جعل كالمنشئ لتصحيح قوله : فهو حر ، وليس من ضرورة تحريره وقوعه عن الكفارة بعد استحقاقه الحرية وقت اليمين لأنه

ومنها أن حيض المشتراة ي المدة لا يجتزئ به في الاستبراء عنده ، وعندهما يجتزئ ، ولو ردت بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب إذا ردت بعد القبض ، ومنها إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده خلافاً لهما .

كالمدبر في الاستحقاق، وفيه يعمل الإنشاء للعتق لا عن الكفارة فكذلك هذا . م: **(ومنها)** ش: أي ومن الأخوات م: **(أن حيض المشتراة في المدة)** ش: أي في مدة الخيار م: **(لا يجتزئ به)** ش: أي لا يكتفي به يعني إذا اشترى جارية بالخيار ثلاثة أيام وقبضها فحاضت عنده في مدة الخيار فاختارها وصارت للمشتري فلا يجتزىء بتلك الحيضة م: **(في الاستبراء)** ش: وعليه أن يستبرئها بحيضة أخرى م: **(عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: **(وعندهما يجتزئ)** ش: بها في الاستبراء .

م: **(ولو ردت)** ش: أي الجارية يعني إن اختار المشتري فسخ العقد وعادت الجارية م: **(بحكم الخيار إلى البائع لا يجب عليه)** ش: أي على البائع م: **(الاستبراء عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله - سواء كان الفسخ قبل القبض أو بعده لأنه لم يملكها على البائع غيره عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: **(وعندهما يجب)** ش: أي الاستبراء م: **(إذ اردت بعد القبض)** ش: بحكم الفسخ ، لأن المشتري ملكها ، وإن كان الفسخ قبل القبض لا يجب عليه شيء ، وإن كان الخيار للبائع ففسخ العقد فلا يجب عليه الاستبراء لأنها لم تخرج من ملكه ، فإن أجاز البيع فعلى المشتري أن يستبرئها بعد جواز البيع ، والقبض بحيضة مستأنفة في قولهم جميعًا كذا في شرح الأقطع م: **(ومنها)** ش: أي من الأخوات م: **(إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير أم ولد له عنده)** ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله - م: **(خلافًا لهما)** ش: قال صاحب النهاية : لا بد من أحد تأويلين : إما أن يكون معناه اشترى منكوحة وولدت في مدة الخيار قبل قبض المشتري أو يكون اشترى الأمة التي كانت منكوحته وولدت منه ولداً قبل الشراء ثم اشتراها بشرط الخيار لا تصير أم ولد له في مدة الخيار عنده خلافًا لهما ، وعلى هذا كان قوله في المدة ظرفًا لقوله : لا تصير أم ولد له لا ظرف الولادة .

وقال الأكمل -رحمه الله : وتقدير كلامه إذا ولدت المشتراة بالنكاح لا تصير أم ولد له في مدة الخيار ، وفيه تعقيد لفظي كما ترى ، قال : إنما احتجنا إلى أحد التأويلين لأنه لو أجرينا على ظاهر اللفظ . وقلنا : إنه إذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها ثم ولدت في مدة الخيار يلزم البيع بالاتفاق ويبطل خيار الشرط ، لأن الولادة عيب ولا يمكن ردها بعدما تعيبت الجارية في يد المشتري بشرط الخيار

وقال الأترازي - رحمه الله : ظاهر كلام المصنف مشكل ؛ لأن المشتراة بشرط الخيار إذا ولدت في مدة الخيار يبطل الخيار ويلزم الثمن لحدوث العيب لأن الولادة عيب في بني آدم لا في

ومنها إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع ثم أودعه عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد ، لعدم الملك عنده ، وعندهما من مال المشتري لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك .

البهائم إلا أن يوجب نقصانًا فينبغي على هذا أن تصير الجارية بالولادة في المدة أم ولد بالاتفاق لأن المبيع إذا تعيب في يد المشتري لا يمكنه أن يرده كما قبض سليمًا فعلى هذا يقول : إن المشتراة ولدت بالنكاح في مدة الخيار لكن الولادة كانت قبل القبض ، فلا تصير أم ولد عنده خلافًا لهما ، وإنما حملنا على هذا الاحتمال كلامه لأن الولادة إما أن تقع بعد القبض أو قبله .

وللمصنف - رحمه الله - أن يقول : أردت أحد هذين الوجهين ، وقال الكاكي -رحمه الله : قوله : إذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح هذا إذا ولدت قبل القبض فإنه ذكر في «المبسوط» ولو ولدت عند المشتري ينقطع خياره لأنها تعيبت بالولادة وتصير أم ولده بالإجماع ، فهذا دليل على أن ماذكر في المتن إذا كانت الولادة قبل القبض ، وعند الشافعي - رضي الله عنه - تصير أم ولد له على أحد القولين .

وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : أيضًا هذا إذا كانت الولادة قبل القبض لأنها لو ولدت بعده يسقطه الخيار ويثبت الملك للمشتري بالاتفاق وتصير أم ولد له .

قلت : لو قيل عقيب قوله : لو ولدت المشتراة إلى آخره يعني قبل القبض لحصل المراد واكتفى عن تطويل الكلام .

م: **(ومنها)** ش: أي ومن الأخوات م: **(إذا قبض المشتري المبيع بإذن البائع)** ش: يعني اشترى شيئًا بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه بإذن البائع م: **(ثم أودعه عند البائع)** ش: في مدة الخيار م: **(فهلك في يده)** ش: أي فهلك المبيع في يد البائع م: **(في المدة)** ش: أي في مدة الخيار أو بعدها م: **(هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد لعدم الملك عنده)** ش: لأن الوديعة لم تصح لعدم ملك المودع ، وإذا ارتفع القبض كان هلاك المبيع قبل القبض وأنه من مال البائع لأن من مذهب أبي حنيفة - رحمه الله -أنه لم يملكه المشتري .

م: **(وعندهما من مال المشتري)** ش: أي الهلاك يكون من مال المشتري م: **(لصحة الإيداع باعتبار قيام الملك)** ش: لأن المشتري يملكه فصار مودعًا ملك نفسه ، فصار هلاكه في يد المودع كهلاكه في يده ، لأن يد المودع كيده ، ولو كان الخيار للبائع فسلمه إلى المشتري ثم إن المشتري أودعه البائع في مدة الخيار ثم هلك في يد البائع قبل جواز البيع أ و بعده يبطل البيع في قولهم جميعًا ، ولو كان البيع باتًا فقبضه المشترى بإذن البائع أ و بغير إذنه والثمن منقود أو مؤجل وله فيه خيار الرؤية أو خيار العيب فأودعه البائع فهلك في يد البائع هلك على المشتري ولزمه الثمن

ومنها لو كان المشتري عبداً مأذوناً له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده ؛ لأن الرد امتناع عن التملك ، والمأذون له يليه ، وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه كان الرد منه تمليكاً بغير عوض وهو ليس من أهله . ومنها إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما ؛ لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم ،

بالإجماع لأن خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنعان وقوع الملك فصار مودعًا ملك نفسه كذا في «شرح الطحاوي » .

م: (ومنها) ش: أي من الأخوات م: (لوكان المشترى **عبداً مأذونًا له فأبرأه البائع عن الثمن في المدة بقي خياره عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله - بيانه عبد مأذون له في التجارة اشترى من حر سلعة بدراهم معلومة على أنه بالخيار ثلاثة أيام ثم إن البائع أبرأه عن الثمن، فالقياس أن لا يصح إبراؤه لأنه لا يملك الثمن .

وفي «الاستحسان» : صح إبراؤه لأنه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد فإذا صح إبراؤه ففي قول أبي حنيفة - رحمه الله : خياره على حاله إن شاء اختار السلعة وتكون له بغير ثمن وإن شاء فسخ وعاد إلى البائع بغير ثمن ، وعندهما بطل خياره ولا يملك الفسخ والرد لأن مذهبهما أنه ملكها ، وفي الفسخ والرد تمليك منه للبائع بغير بدل وهو ليس من أهل ذلك ، وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لم يملك فيكون في الفسخ والرد امتناع عن التمليك .

م: (**لأن**) ش: لما ملك م: (**الرد**) ش: يكون له في الفسخ والرد م: (**امتناع عن التملك والمأذون له يليه**) ش: أي الامتناع أي له ولاية الامتناع م: (**وعندهما بطل خياره لأنه لما ملكه**) ش: أي لما ملك البيع م: (**كان الرد منه تمليكًا بغير عوض**) ش: أي بغير ثمن فيكون متبرعًا م: (**وهو**) ش: أي المأذون له م: (**ليس من أهله**) ش: أي من أهل التمليك ، فإذا امتنع الرد بطل الخيار ضرورة ، وعند الشافعي- رضي الله عنه - وإن كان الملك للبائع فكما قاله وإن كان للمشتري فكما قالا .

م: (**ومنها**) ش: أي ومن الأخوات م: (**إذا اشترى ذمي من ذمي خمراً**) ش: أو خنزيراً م: (**على أنه بالخيار ثم أسلم بطل الخيار عندهما**) ش: أي ثم أسلم المشتري بطل الخيار عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله : م: (**لأنه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم ، وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها**) ش: لأن المسلم لا يملك تمليك الخمر م: (**فلا يتملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم**) ش: أي والحال أنه مسلم ، وذكر خيار المشتري وإسلامه لأنه إذا كان الخيار للبائع وأسلم البائع يبطل البيع بالإجماع .

وذكر الإمام التمرتاشي : مسائل على هذا الأصل منها : إذا اشترى مسلم عصيراً بالخيار

وعنده يبطل البيع لأنه لم يملكها فلا يتملكها بإسقاط الخيار وهو مسلم .قال : ومن شرط له الخيار فله أن يفسخ في مدة الخيار ، وله أن يجيز ، فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز ، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله -، وقال أبو يوسف : يجوز ، وهو قول الشافعي ، والشرط هو العلم ، وإنما كنى بالحضرة عنه . له أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالإجازة ولهذا لا يشترط رضاه ، وصار كالوكيل بالبيع ،

فتخمر في المدة فسد البيع عنده وعندهما ثم ، ومنها : إذا كان المشترى داراً وهو ساكنها بإجارة أو إعارة فاستدام السكنى بعد الشرط قال الإمام السرخسي - رحمه الله : لا يكون اختياراً وابتداء السكنى اختيار لأن الدار لا تمتحن بالسكنى .

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده - رحمه الله - : استدامة السكنى اختيار عندهما لأنه يملك الثمن ، وعنده ليس باختيار لأنه بالإجارة أو الإعارة ، ومنها حلال اشترى طيبًا بالخيار فقبضه ثم أحرم والطيب في يده ينتقض البيع عنده ويرد إلى البائع وقالا : يلزم المشتري ولو كان الخيار للبائع ينتقض بالإجماع ولو كان الخيار للمشتري فأحرم البائع للمشتري أن يرده .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (**ومن شرط له الخيار**) ش: سواء كان بائعًا أو مشتريًا أو راضيًا م: (**فله أن يفسخ**) ش: أي العقد م: (**في مدة الخيار وله أن يجيز ، فإن أجاز بغير حضرة صاحبه جاز ، وإن فسخ لم يجز إلا أن يكون الآخر حاضراً ، عند أبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله -**) ش: وبه قال مالك - رحمه الله : م: (**وقال أبو يوسف : يجوز ، وهو قول الشافعي**) ش: وأحمد ومالك - رحمه الله - في رواية وزفر رحمه الله .

م: (**والشرط هو العلم**) ش: قال القدوري : بغير حضرة صاحبه وقال المصنف- رحمه الله : الشرط العلم أي علم صاحبه بالفسخ م: (**وإنما كنى بالحضرة عنه**) ش: أي عن العلم يعني ذكر السبب فأراد المسبب لأن الحضور سبب العلم وليس المراد منه الكناية الاصطلاحية لأرباب البلاغة لكن المراد به ما استتر به المراد م: (**له**) ش: أي لأبي يوسف - رحمه الله - : م: (**أنه**) ش: أي أن من شرط له الخيار م: (**مسلط على الفسخ**) ش: أي على فسخ العقد م: (**من جهة صاحبه**) ش: وكل من هو كذلك م: (**فلا يتوقف**) ش: فعله م: (**على علمه كالإجازة**) ش: فإن فيها لا يشترط العلم بالإجماع .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل عدم توقف فعله على علم صاحبه م: (**لا يشترط رضاه**) ش: يعني في الفسخ م: (**وصار**) ش: أي من له الخيار م: (**كالوكيل بالبيع**) ش: فإن للوكيل أن يتصرف فيما وكل به ، وإن كان الموكل غائباً لأنه مسلط على البيع من جهته فكذا هاهنا .

ولهما أنه تصرف في حق الغير ، وهو العقد بالرفع ،ولا يعرى عن المضرة ؛ لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق ، فيتصرف فيه ، فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك ، فيما إذا كان الخيار للبائع ، أولا يطلب لسلعته مشترياً فيما إذا كان الخيار للمشتري ، وهذا نوع ضرر فيتوقف على علمه،وصار كعزل الوكيل ، بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه ولا نقول إنه مسلط ، وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط، ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: (**أنه**) ش: أي أن الفسخ م: (**تصرف في حق الغير**) ش: وهو من ليس له الخيار م: (**وهو العقد بالرفع**) ش: في حق المتعاقدين م: (**ولا يعرى عن المضرة**) ش: أي لا يخلو عن المضرة م: (**لأنه**) ش: أي لأن الذي ليس له الخيار م: (**عساه**) ش: أي لعله م: (**يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه**) ش: أي في المبيع ثم ليظهر أنه تصرف في مال غيره .

م: (**فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك**) ش: أي بهلاك ، ولا خفاء في كونه ضرراً . هذا م: (**فيما إذا كان الخيار للبائع أو لا يطلب**) ش: أي البائع م: (**لسلعته مشتريًا**) ش: أي مشتريًا آخر ، وهذا نوع ضررم: (**فيما إذا كان الخيار للمشتري**) ش: لأنه قد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع م: (**وهذا نوع ضرر**) ش: لفواتها ، فإذا كان كذلك م: (**فيتوقف**) ش: أي القول م: (**على علمه وصار كعزل الوكيل**) ش: فإنه موقوف على علمه بعزل الموكل كيلا يتضرر بلزوم الثمن فيماإذا كان وكيلا بالشراء ، ويبطلان قوله فيما إذا كان وكيلاً بالبيع م: (**بخلاف الإجازة لأنه لا إلزام فيه**) ش: لأنها إتمام للعقد السابق فلم يحتج إلى حضور صاحبه .

م: (**ولا نقول إنه**) ش: أي إن من له الخيار م: (**مسلط**) ش: أي على الفسخ ، هذا جواب عن قول أبي يوسف - رحمه الله - أنه مسلط م: (**وكيف يقال ذلك وصاحبه**) ش: هو الذي لا خيار له م: (**لا يملك الفسخ**) ش: للزوم العقد من جانبه فكيف تملك تسليط عليه م: (**ولا تسليط في غير ما يملكه المسلط**) ش: بكسر اللام م: (**ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه**) ش: أي خبر الفسخ م: (**في المدة**) ش: أي في مدة الخيار م: (**تم الفسخ لحصول العلم به ، ولو بلغه**) ش: أي ولو بلغ صاحبه م: (**بعد مضي المدة تم العقد بمضي المدة قبل الفسخ**) ش: لأن تمام المدة دلالة لزوم العقد .

واعلم أن مدار دليلها إلزام ضرر زائد غير مرضي به ، فإذا فات المجموع أو بعضه في بعض الصور لا يكون نقضًا فلا يرد ما قيل : الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص يلزم منها في حق غير الفاعل إلزام ، وهو مسوغ لأن ذلك من الإسقاطات وما هو كذلك ليس فيه شيء من الإلزام كإسقاط الحمل عن الدابة لا يكون إلزامًا عليها إنما اللزوم في جانب من أسقط ، وكلامنا في

....

الحكم الذي يلزم على الغير ولا ما قيل : الزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة ، وإن لم تعلم لأنه ليس فيها إلزام لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة إلزامًا ، وإنما هي استدامة ملك النكاح .

ولا ما قيل : اختيار المجيزة ينفذ على زوجها وإن لم يعلم به لأن اختيارها لا يتصور بغير حضور زوجها كذا في «مختصر الأسرار» ولا ما قيل : اختيار الأمة المعتقة الفرقة يلزم الزوج بدون علمه وفيه إلزام لأن الملك ازداد عليها بالحرية حيث لزمها المقام في منزل الزوج فكان لها أن تدفع تلك الزيادة برفع العقد . ولا ما قيل : اختيار الملك دفع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم ، وفيه إلزام عليهما لأنه امتناع عن العقد لا إلزام منه . ولا ما قيل : الطلاق يلزم العدة على المرأة ، وإن لم تعلم لأنه لا ضرر في العدة ، ولكونه بإيجاب الشرع نصًا دون الطلاق بخلاف الضرر المذكور في خيار الشرط فإنه زائد على موجب خيار الشرط وهو الرد أو الإجازة وهو غير مرضي به من جانب الآخر ولا يلزمه إلا بعلمه .

ثم اعلم أن شرط الخيار إذا كان للبائع فجواز العقد ونفوذه بأحد معان ثلاثة ؛ إما بقوله : أجزت البيع في المدة ، ولا يشترط حضرة الآخر ، وإما بموت البائع في المدة لأن الخيار لا يورث عندنا ، وإما بمضي مدة الخيار من غيرفسخ ، وأما الفسخ فيثبت بالقول والفعل أما القول فبقوله : فسخت البيع .

فإذا قال ولك انفسخ البيع بلا رضا المشتري ولا يحتاج فيه إلى قضاء القاضي ، ولكن يشترط حضوره عندهما خلافًا لأبي يوسف -رحمه الله- ، وأما الفعل فكما إذا تصرف في المبيع في مدة الخيار تصرف الملاك كالإعتاق والبيع والتقبيل ونحو ذلك ، فإن العقد ينفسخ حكمًا حضر المشتري أو لا بالإجماع .

وأما إذا كان الخيار للمشتري فجواز العقد ونفاذه بالمعاني الثلاثة التي ذكرناها وبمعاني أخر سواها نحو أن يصير المشترى في يد البائع فالمشترى بحال لا يملك المشتري الفسخ على تلك الحالة كما إذا ملك المعقود عليه أو انتقص في يد المشتري نقصانًا يسيرًا أو فاحشًا بفعل المشتري أوبفعل البائع أو بآفة سماوية أوبفعل الأجنبي أو بفعل المعقود عليه بطل خياره ، ونفذ البيع وهذا عند أبي يوسف -رحمه الله-كذلك إلا فيما إذا حصل النقصان بفعل البائع حيث لا يبطل خيار المشتري إن شاء رده عليه وإن شاء اختاره وأخذ من البائع الأرش .

وفي «المحيط» إذا كان الخيار للبائع ينفذ العقد بإجازته وبموته وبمضي المدة قبل الفسخ وبالإغماء والجنون وإن أفاق في المدة .

قال : وإذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته . وقال الشافعي : يورث عنه لأنه حق لازم ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب والتعيين .

قال الأسبيجابي : الأصح أنه على خياره ، فلو سكر من الخمر لم يبطل خياره بخلاف السكر من البنج ، ولو ارتد فعلى خياره ، إجماعًا ، فلو تصرف بحكم خياره يتوقف عند أبي حنيفة - رحمه الله- خلافًا لهما ، وأما الفسخ إما بالقول أو بالفعل وهو أن يتصرف البائع تصرف الملاك في مدة الخيار كما إذا أعتقه أو دبره أو كاتبه أو علق بهما فوجد الشرط أو باعه من غيره أو وهبه وسلمه أو رهن أو أجر ، وإن لم يسلم على الأصح وهذه التصرفات فسخ بغير علم المشتري إجماعًا إلا رواية عن محمد -رحمه الله- وقبض الثمن من البائع ليس بإجازة ، وكذا هبته وارتهانه ، إلا إذا استفيد له بغيره كالدراهم والدنانير .

ولو باع جارية بعبد على أنه بالخيار في الجارية فهبته العبد أو عرضه على البيع إجازة ، وعرضها على البيع ليس بفسخ على الأصح ولو أبرأه من الثمن أو اشترى منه به شيئًا أو ساومه به فهو إجازة ، ولو توارى المشتري في مدة الخيار يبعث إليه القاضي من بعد فإن ظهر وإلا أبطله إلا أن يجيء في المدة ، ولو كان الخيار للمشتري فنفاذه بما ذكرناه من الأمور في حق البائع وبالتصرف تصرف الملاك فوطؤه إجازة والاستخدام لا والاستخدام ثانيًا إجازة إلا إذا كان في نوع آخر ، والركوب امتحانًا ليس بإجازة ، وكذا لو ركبها لحاجة أو سفر أو حمل عليها إلا علفها عند محمد - رحمه الله .

والركوب للرد والسقي والإعلاف إجازة ، وقيل : إن لم يمكن بدون الركوب فلا يكون إجازة كما في خيار العيب ولو أمر الغلام بحمل شيء أو حلق رأسه أو غسله فليس برضا ، ولو كان المشترى كتابًا ففسخ منه لنفسه أو لغيره لا يبطل خياره ، وإن قلبت الأوراق وبالدرس منه يبطل خياره ، وقيل على عكسه وبه أخذ أبو الليث .

م: (**قال**) ش: أي القدوري: م: (**وإذا مات من له الخيار**) ش: وهذا التعبير يتناول البائع والمشتري وغيرهما جميعًا ، وقيل : بموت من له الخيار لأنه بموت من عليه الخيار لا يبطل بالإجماع م: (**بطل خياره ولم ينتقل إلى ورثته ، وقال الشافعي: يورث عنه**) ش: وبه قال مالك م: (**لأنه**) ش: أي لأن الخيار م: (**حق لازم**) ش: حتى إن صاحبه لا يملك إبطاله ، وإنما قال حق لأن حق الإنسان ما يتولى إثباته وإسقاطه ، ولازم لأن صاحبه لا يتمكن من إبطاله م: (**ثابت في البيع فيجري فيه الإرث كخيار العيب**) ش: والرؤية م: (**والتعيين**) ش: أي وكخيار التعيين صورته : رجل اشترى عبدين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء بألف ويرد الآخر ثم مات المشتري يقوم وارثه مقامه في اختيار أحدهما .

ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة ولا يتصور انتقاله ، والإرث فيما يقبل الانتقال ، بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليمًا ، فكذا الوارث ، فأما

م: (**ولنا أن الخيار ليس إلا مشيئة وإرادة**) ش: وكلاهما منصوبان على أنهما بدلان عن خبر ليس أي ليس الخيار شيئًا إلا مشيئة وإرادة .

قال تاج الشريعة رحمه الله : لأن الشاري هو الفاعل عن ملك واختيار لا عن أمر وإجبار ، ومشيئة الإنسان تنقطع بموته كقدرته لأنها صفته ولا تبقى بعدالموصوف م: (**ولا يتصور انتقاله**) ش: أي انتقال الخيار لأنه ليس إلا مشيئة وإرادة ، وهما عرضان والعرض لا يقبل الانتقال م: (**والإرث فيما يقبل الانتقال**) ش: لأنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان إلى الوارث ، هذا معقول لا معارض له من المنقول ، فيكون معمولاً به .

لا يقال قال رسول الله ﷺ : « من ترك مالاً أو حقًا فلورثته» الخيار حق فيكون لورثته ، لأن المراد به حق قابل للانتقال له بدليل قوله : «فلورثته » الخيار ، ليس كذلك فإن قيل : المالكية صفة تنقل من المورث إليه في الأعيان فهل لا يكون الخيار كذلك وأجيب : بأن المنتقل هو العين ، فإن قيل : المالكية ضمني فليكن خيار الشرط كذلك بأن ينتقل المبيع من المورث إلى الوارث ثم الخيار يتبعه ضمنًا ، وأجيب بأن الخيار ليس من لوازم البيع بل الأصل عدمه ، وكم من مبيع لا خيار فيه بخلاف المملوك فإنه يستلزم مالكية مالك ، وفيه نظر ، فإن الكلام في البيع بشرط الخيار لا في مطلقه والخيار يلزمه والصواب أن يقال : الغرض الأصلي من نقل الأعيان ملكيتها وليس الخيار في البيع بشرط الخيار كذلك فلا يلزم من انتقال ما هو الغرض الأصلي انتقال ما ليس كذلك .

فإن قيل : القصاص ينتقل من المورث إلى الوارث بذاته من غير تعيين العين فليكن الخيار كذلك .

أجيب : بأنه ثبت للوارث ابتداء لأنه شرع للتشقي والخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس بعاقد ولا شارط لا يقال : البيع بشرط الخيار غير لازم فتورث كذلك لا بطريق النقل فلا يفيد ما ذكرتم لأن كلامنا مع من يقول بالنقل وما ذكرنا يدل على انتفائه ، ولو التزم ملتزم ما ذكره قلنا : البيع بشرط الخيار غير لازم في حق العاقد وفي حق الوارث ، والأول مسلم ولا كلام فيه ، والثاني عين النزاع ، هذا كله لخصه الأكمل من كلام السغناقي - رحمه الله - وغيره فنقلناه مثل ما نقله تكثيراً للفائدة .

م: (**بخلاف خيار العيب**) ش: جواب عما قاس عليه الشافعي - رضي الله عنه - م: (**لأن المورث استحق المبيع سليمًا ، فكذا الوارث**) ش: لأنه قائم مقامه فكان ذلك نقلاً في الأعيان م: (**فأما**

نفس الخيار لا يورث ، وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير ، لا أن يورث الخيار . قال : ومن اشترى شيئًا وشرط الخيار لغيره فأيهما أجاز جاز الخيار ، وأيهما نقض انتقض

نفس الخيار لا يورث) ش: لأنه لا يتصور انتقاله كما ذكرناه فلا يجري فيه الإرث م: **(وخيار التعيين)** ش: هذا جواب عما قاسه الشافعي - رضي الله عنه .

تقريره أن خيار التعيين م: **(يثبت للوارث ابتداء)** ش: لا بسبيل الإرث يعني أنه بطل ذلك الخيار الأول ، ويجدد للوارث خيار آخر حكمًا م: **(لاختلاط ملكه بملك الغير)** ش: لأن ملك أحد العبدين مجهولاً ، لأن ملكه أحدهما ، وقد اختلف بملك صاحبه فثبت لهما التعيين بعلة مجهولة لملكه ، فإما أن يكون ذلك بالإرث فلا م: **(لا أن يورث الخيار)** ش: كما مر غير مرة .

فإن قلت : المكاتب إذا مات وخلف ولدًا ولد في الكتابة ينتقل إليه الكتاب مع الأجل والتنجيم .

قلت : انتقال الكتابة إلى الولد بسبيل السراية لا بسبيل الإرث لأن المكاتب لا يورث ولا يلزم خيار الصفة وهو ما إذا اشترى على أنه له الخيار لأن فيه معنى المال ، ولا يلزم الرهن والكفالة والضمان حيث يورث هذه الأشياء لأن فيه وثيقة ومعنى المال وكذلك القصاص يؤول إلى مال .

م: **(قال)** ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: **(ومن اشترى شيئًا وشرط الخيار لغيره)** ش: المراد من الغير ها هنا غير العاقدين حتى يأتي خلاف زفر - رحمه الله - م: **(فأيهما أجاز)** ش: أي من المشتري ، ومن المشروط له الخيار م: **(جاز الخيار وأيهما)** ش: أي الاثنين المذكورين م: **(نقض)** ش: أي العقد م: **(انتقض)** ش: أي العقد .

وقال الكاكي : فإن قيل قوله : فأيهما أجاز إلى آخره جملة استفهامية لا تصلح خبرًا للمبتدأ وهو قوله : ومن اشترى فيبقى المبتدأ بلا خبر ، قلنا : في المبتدأ معنيان أحدهما الابتداء والثاني الشرطية فيقتضي الخبر والجزاء هنا وقع موقع خبر فيكون الخبر محذوفًا وهو قوله أجازه .

ويتحقق هذا المعنى في ضمن الخبر لأنه لما جاز بالإجازة لابد وأن يكون الاشتراط للغير جائزًا كما في قوله تعالى : ﴿ **الزانية والزاني** ﴾ (النور : الآية ٢) ، وقوله ﴿ **فاجلدوا** ﴾ لا يصلح خبرًا لكونه طلبًا ، وفي ضمنه خبره وهو وجوب الجلد المستفاد منه تقديره : الزانية والزاني يجب عليهما الحد فاجلدوا . . . انتهى .

واعترض عليه بعضهم بقوله : ما جواب هذا العامل زيد من أبوه ونحوه قوله ، وقال

وأصل هذا أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانًا ، وفي القياس لا يجوز ، وهو قول زفر- رحمه الله-؛ لأن الخيار من مواجب العقد وأحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط الثمن على غير المشتري .ولنا أن الخيار لغير العاقد قد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد فيقدر الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبًا عنه تصحيحًا لتصرفه ،

الأكمل : ومن اشترى وشرط الخيار لغيره تقدير كلامه من اشترى وشرط الخيار لغيره جاز حذفه لدلالة قوله فأيهما أجاز جاز .

قلت : هذا له وجه وهو أحسن من تطويل الكاكي على أن التقدير في الآية على ما تقتضيه القاعدة الزانية والزاني يقال فيه : فاجلدوا ، وكذلك التقدير في قول المعترض بقوله زيد من أبوه زيد يقال فيه : من أبوه .

وبقولنا فيه قال الشافعي - رضي الله عنه - في الأصح ومالك وأحمد - رضي الله عنهما - ولكن للشافعي - رضي الله عنه - فيه وجهان : أحدهما أنه يصح للغير وحده ، والثاني يثبت له مع العاقد وعنه في قول لا يصح وبه قال زفر - رحمه الله-وفي فساد البيع وجهان: في وجه يفسد البيع ، وفي وجه البيع صحيح والشرط فاسد.

م: (**وأصل هذا**) ش: أي أصل هذا المذكور من المسألة م: (**أن اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانًا ، وفي القياس لا يجوز ، وهو قول زفر - رحمه الله - لأن الخيار من مواجب العقد**) ش: أي من مقتضياته م: (**وأحكامه ، فلا يجوز اشتراطه لغيره**) ش: لأنه خلاف ما يقتضيه العقد م: (**كاشتراط الثمن على غير المشتري**) ش: أو اشتراط تسليمه على غيره أو اشتراط الكل لغيره.

م: (**ولنا أن الخيار لغير العاقد قد لا يثبت إلا بطريق النيابة عن العاقد**) ش: إذ لا وجه لإثباته للغير أصالة م: (**فيقدر الخيار له**) ش: أي للعاقد م: (**اقتضاء**) ش: أي من حيث الاقتضاء تصحيحًا لعرف العاقد على حسب الإمكان فيجعل كأنه شرط لنفسه.

م: (**ثم يجعل هو**) ش: أي يجعل من له الخيار م: (**نائبًا عنه تصحيحًا لتصرفه**) ش: أي لتصرف العاقد ، فكان ثبوت الخيار للعاقد مقتضى صحة ثبوت الخيار للأجنبي وفيه بحث من وجهين :

أحدهما : أن شرط الاقتضاء أن يكون المقتضي أو في منزلة من المقتضي ألا ترى أن من قال لعبد له حنث في يمينه كفر عن يمينك بالمال لا يكون ذلك تحريراً اقتضاء لأن التحرير أقوى من تصريف التكفير لكونه أصلاً فلا يثبت تبعًا لفرعه ، ولا خفاء أن العاقد أعلى مرتبة فكيف يثبت الخيار له اقتضاء ؟

والثاني : بأن اشتراط الخيار لغيره لو جاز اقتضاء تصحيحًا لجاز اشتراط وجوب الثمن

وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض انتقض . ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ، ولو خرج الكلامان منهما معًا يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف الفاسخ في أخرى . وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ ، والمفسوخ لا تلحقه الإجازة ،

على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً ثم على الغير كفالة عنه كذلك .

وأجيب عن الأول : بأن الاعتبار للمقاصد والغير هو المقصود باشتراط الخيار فكان هو الأصل بطل إلى الخيار ، والعاقد أصل من حيث التمليك لا من حيث الخيار فلا يلزمه ثبوت الأصل تبعية فرعه ، وأما الحرية فإنه الأصل في وجوب الكفارة المالية فلا يثبت تبعًا لفرعه .

وعن الثاني : بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح بدون التزام المطالبة ، والمذكور هنا هو الثمن على الأجنبي وثبوت المقتضى لتصحيح المقتضي ، ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء كان مبطلاً للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقص فإن قيل : فليكن بطريق المحالة فإن عنها المطالبة بالدين فالجواب : أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه فلا يجوز أن يكون تابعًا لفرعه وهو المحال عليه .

م: (**وعند ذلك**) ش: أي عند ثبوت الخيار لهما م: (**يكون لكل واحد منهما الخيار**) ش: أي للعاقد ولمن شرط له الخيار م: (**فأيهما أجاز**) ش: أي العقد م: (**جاز وأيهما نقض انتقض ، ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره ، ولو خرج الكلامان منهما معًا يعتبر تصرف العاقد في رواية**) ش: وهي رواية كتاب البيوع .

م: (**وتصرف الفاسخ في أخري**) ش: أى ويعتبر تصرف الفاسخ وهو الذي فسخ العقد في رواية أخرى وهي رواية كتاب المأذون م: (**وجه الأول**) ش: أي وجه اعتبار تصرف العاقد م: (**أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب يستفيد الولاية منه ، وجه الثاني**) ش: أي وجه اعتبار تصرف الفسخ وهي رواية كتاب المأذون م: (**أن الفسخ أقوى لأن المجاز**) ش: بضم الميم م: (**يلحقه الفسخ**) ش: كما لو أجاز للبيع هلك عند البائع .

م: (**والمفسوخ لا تلحقه الإجازة**) ش: فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع لا تلحقه الإجازة ونوقض بما إذا تراضيا على فسخ الفسخ وعلى إعادة العقد بينهما جاز وفسخ الفسخ ليس إلا هو إجازة البيع في المفسوخ .

وأجيب بأن هذا ليس بإجازة للفسخ بل هو بيع ابتداء .

ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف ، وقيل الأول قول محمد -رحمه الله- ، والثاني قول : أبي يوسف-رحمه الله- واستخرج ذلك مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معًا ، فمحمد -رحمه الله- يعتبر فيه تصرف الموكل ، وأبو يوسف -رحمه الله- يعتبرهما . قال: ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد ، فإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز المبيع ، والمسألة علي أربعة أوجه : أحدها : أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب ، وفساده لجهالة الثمن والمبيع ؛ لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد ؛ إذ العقد مع

م: (**ولما ملك كل واحد منهما التصرف**) ش: هذا كأنه جواب عما يقال : إن كل واحد من الفاسخ والمخير يملك التصرف فأي تصرف من التصرفين يرجح على الآخر فذاك ، ولما ملك كل واحد منهما التصرف من الإجازة والفسخ م: (**رجحنا بحال التصرف**) ش: لأن كل واحد منهما أصل العاقد من حيث التملك والأجنبي من حيث شرط الخيار ، فلم يترجح الأمر إلا من حيث التصرف فرجحنا من حيث حال التصرف وهو فوقه والنقض يفسخ الإجازة والإجازة لا تفسخ النقض ، فكان النقض أولى ، لايقال: النقض والإجازة من توابع الخيار فكان الخيار ترجيح تصرف من له الخيار لأن جهة تملك العاقد عارضة في ذلك .

م: (**وقيل الأول**) هو أن تصرف العاقد أقوى م: (**قول محمد - رحمه الله - والثاني**) هو تصرف الفاسخ م: (**قول أبي يوسف - رحمه الله - واستخرج**) ش: على صيغة المجهول م: (**ذلك**) إشارة إلى الاختلاف بين أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله- في ذلك أراد أن المنسوب إليهما ليس بمنقول عنهما وإنما استخرج م: (**مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل**) أي باع الموكل م: (**من غيره معًا**) أي في حالة واحدة م: (**فمحمد - رحمه الله - يعتبر فيه تصرف الموكل ، وأبو يوسف - رحمه الله - يعتبرهما**) ش: أي يعتبر تصرفهما ويجعل البيع مشتركًا بينهما بالنصف ويخير كل واحد من المشتركين إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن وإن شاء نقض البيع .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في « الجامع الصغير» م: (**ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد ، فإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما بعينه جاز المبيع**) ش: أي يختار الشرط في أحد العبدين معينًا م: (**والمسألة على أربعة أوجه: أحدها :**) ش: أي أحد الأوجه م: (**أن لا يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب**) ش: أي «الجامع الصغير ».

م: (**وفساده**) ش: أي فساد هذا الوجه م: (**لجهالة الثمن والمبيع ؛ لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد**) ش: لأنه يشبه الاستثناء ، إما لأن العقد غير لازم في الذي لا خيار فيه م: (**إذ العقد مع**

الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم . والوجه الثاني : أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيًا في الكتاب ، وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم ، وقبول العقد في الذي فيه الخيار وإن كان شرطًا لانعقاد العقد في الآخر، ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلاً للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر . والثالث : أن يفصل ولا يعين . والرابع : أن يعين ولا يفصل ، والعقد فاسد في الوجهين ، إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن

الخيار لا ينعقد في حق الحكم) ش: أي وهو ثبوت الحكم م: **(فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم)** ش: وما هو كذلك فثمنه مثله فيفسد البيع كما في البيع بثمن بطريق الحصة ابتداء.

م: **(والوجه الثاني :)** ش: وهو أن يبيع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه بالخيار في أحدهما ، وهو معنى قوله م: **(أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار ، وهو المذكور ثانيًا في الكتاب)** ش: أي «الجامع الصغير» م: **(وإنما جاز)** ش: أي البيع هنا م: **(لأن المبيع معلوم والثمن معلوم)** ش: فجاز لارتفاع الجهالة م: **(وقبول العقد)** ش: هذا جواب شبهة وهي أن يقال : ينبغي أن يفسد العقد في هذا أيضًا لوجود المفسد .

وهو قبول العقد في الذي يدخل في العقد لأن العبد الذي فيه الخيار غير داخل حكمًا ، كما إذا جمع بين حر وقن فإنه لا يجوز العقد في القن وإن فصل الثمن لما أنه جعل قبول العقد في الحر شرط لصحة العقد في القن ، فأجاب بقوله وقبول العقد م: **(في الذي فيه الخيار وإن كان شرطًا لانعقاد العقد في الآخر)** ش: أي في العبد الآخر .

م: **(ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه)** ش: أي لكون من فيه الخيار م: **(محلاً للبيع)** ش: فكان داخلاً في العقد وإن لم يدخل في الحكم فصار م: **(كما إذا جمع بين قن ومدبر)** ش: في البيع في أن المدبر محل للبيع حتى أن القاضي لو قضى بجواز بيعه نقدًا فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسدًا للعقد في الآخر بخلاف ما إذا جمع بين حر وقن فإن الحر ليس بمحل للبيع أصلاً فلم يكن داخلاً لا في العقد ولا في الحكم .

فإن قلت : في الجملة هو شرط لا يقتضيه العقد فكان مفسدًا . **أجيب :** بأنه ليس فيه نفع لأحد المتعاقدين ولا للمعقود عليه فلا يكون مفسدًا .

م: **(والثالث:)** ش: أي الوجه الثالث م: **(أن يفصل)** ش: أي الثمن م: **(ولا يعين)** ش: أي الذي فيه الخيار م: **(والرابع:)** ش: أي الوجه الرابع م: **(أن يعين)** ش: أي الذي فيه الخيار م: **(ولا يفصل)** ش: أي الثمن م: **(والعقد فاسد في الوجهين ، إما لجهالة المبيع أو لجهالة الثمن)** ش: وكل منهما مفسد للبيع .

قال : ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز ، وكذلك الثلاثة ، فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد ، والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع ، وهو قول زفر والشافعي . وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق ، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتريه لأجله ، ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع ، فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والرديء فيها والجهالة ، لا تفضي إلى المنازعة في الثلاث لتعيين من له الخيار ،وكذا في الأربع إلا أن الحاجة

م: (قال) ش: محمد في «الجامع الصغير»:م: (ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز ، وكذلك الثلاثة) ش: أي الأثواب الثلاثة م: (فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد ، والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي . وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق) ش: أي بالنظر إلى الثمن م: (والأوفق) ش: أي بحاله .

م: (والحاجة إلى هذا النوع من البيع) ش: أراد بهذا النوع أن يشتري أحد الثوبين أو أحد العبدين على أن يأخذ أيهما شاء بثمن معلوم م: (متحققة لأنه) ش: ربما م: (يحتاج إلى اختيار من يثق به) ش: لخبرته م: (أو اختيار من يشتريه لأجله) ش: كامرأته وبنته م: (ولا يمكنه البائع) ش: بتشديد الكاف م: (من الحمل إليه) ش: أي إلى من يثق به أو إلى من يشتريه لأجله م: (إلا بالبيع فكان) ش: باعتبار الحاجة م: (في معنى ما ورد به الشرع) ش: وهو شرط الخيار ثلاثة أيام م: (غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاث) ش: أي بالثياب الثلاث م: (لوجود الجيد والوسط والرديء فيها) ش: أي الحاجة إلى الاختيار بالثلاث لاختلاف الأوصاف في الثياب وهي ثلاثة الجيد والوسط والرديء فيها أي في الثياب .

م: (والجهالة لا تفضي إلى المنازعة) ش: هذا جواب عما قال الإمام الشافعي - رحمه الله - وزفر - رحمه الله - ، ومن الجهالة في وجه القياس تقريره أن هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة م: (في الثلاث) ش: أي في الثياب الثلاث م: (لتعيين من له الخيار) ش: لأنه لما شرط الخيار لنفسه استبد بالتعيين فلم يبق له منازع ، فكان علة جوازه من الحاجة وعدم كون الجهالة تفضي إلى المنازعة .

فأما عدم المنازعة فإنه ثابت باشتراط الخيار لنفسه سواء كانت الأثواب ثلاثة أو أكثر وأما الحاجة إنما تتحقق في الثلاثة لوجود الجيد والوسط والرديء .

م: (وكذا في الأربع) ش: أي في الثياب الأربع لا يفضي إلى المنازعة م: (إلا أن الحاجة

إليها غير متحققة ، والرخصة ثبوتها بالحاجة ، وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما ، ثم قيل : يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين ، وهو المذكور في «الجامع الصغير» . وقيل: لا يشترط ، وهو المذكور في الجامع الكبير ، فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقًا لا شرطًا . وإذا لم يذكر خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده ، وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما ،

إليها) ش: أي الأربع م: (غير متحققة) ش: لوجود جميع الأوصاف المذكورة في الثلاث ، ولأن في الأربعة قد يتفق ثوبان على صفة واحدة فيحتاج إلى اختيار آخر فتكثر الجهالة .

م: (والرخصة) ش: مبتدأ وقوله م: (ثبوتها) ش: مبتدأ آخر وقوله م: (بالحاجة) ش: خبره والجملة خبر المبتدأ الأول م: (وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما) ش: بالجر عطفًا على قوله بالحاجة، حاصل المعنى جواز البيع مع الشرط رخصة وثبوتها مع الحاجة وقد انعدمت في الأربع ، ولكن الرخصة إنما تكون بالحاجة وعدم الإفضاء إلى الجهالة م: (ثم قيل : يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين) ش: أشار بهذا إلى بيان اختلاف المشايخ في اشتراط خيار الشرط مع خيار التعيين منهم من قال : يشترط وإليه مال الكرخي - رحمه الله - م: (وهو المذكور في الجامع الصغير ، وقيل: لا يشترط ، وهو المذكور في الجامع الكبير) ش: فإنه ذكر هذه المسألة ولم يذكر فيها خيار الشرط م: (فيكون ذكره) ش: أي ذكر خيار الشرط م: (على هذا الاعتبار) ش: أي على اعتبار «الجامع الكبير» م: (وفاقًا لا شرطًا) ش: أي على سبيل الاتفاق لا على سبيل الشرط ،وقال فخر الإسلام - رحمه الله - في «جامعه» : والصحيح عندنا أنه ليس بشرط وهو قول محمد بن شجاع البلخي - رحمه الله - .

م: (وإذا لم يذكر خيار الشرط لابد من توقيت خيار التعيين بالثلاث) ش: أي بثلاثة أيام م: (عنده) ش: أي عند أبي حنيفة - رحمه الله- م: (وبمدة معلومة) ش: أي لابد من توقيت خيار التعيين بمدة معلومة م: (أيتها كانت) ش: أي المدة كانت زائدة على الثلاث أو غير زائدة بعد أن كانت معلومة م: (عندهما) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد كما في خيارالشرط . وقال شمس الأئمة في «جامعه» : وهو الصحيح ، وهو قول الكرخي - رحمه الله- ، وإن مات المشتري في الأيام الثلاثة يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث فلا يردهما الوارث ، وله أن يعين أحدهما ويرد الآخر . وكذا في «جامع قاضي خان»، وفي «الذخيرة» هذا إذا كان الخيار للمشتري ، فإن كان للبائع بأن قال : بعتك هذين الثوبين على أني بالخيار لأعين المبيع في أحدهما ، لم يذكر محمد - رحمه الله - هذه المسألة في بيوع الأصل ولا في « الجامع الصغير » .

وذكر الكرخي - رحمه الله - في «مختصره» : أنه يجوز استحسانًا لا قياسًا لأن هذا بيع يجوز مع خيار المشتري فكذا يجوز مع خيار البائع قياسًا على خيار الشرط، ، وذكر في المجرد

ثم ذكر في بعض النسخ : اشترى ثوبين ، وفي بعضها: اشترى أحد الثوبين ، وهو الصحيح ؛ لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة ، والأول تجوز واستعارة ، ولو هلك أحدهما أو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب ، ولو هلكا جميعًا معًا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما ، ولو كان فيه خيار الشرط له أنه يردهما جميعًا ، ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما ؛ لأن الباقي خيار التعيين للاختلاط ، ولهذا لايتوقت في حق الوارث

أنه لا يجوز لأن هذا باعتبار الحاجة والبائع لا يحتاج إليها .

م: (**ثم ذكر في بعض النسخ**) ش: أي في بعض نسخ «الجامع الصغير» م: (**اشترى ثوبين**) ش: كما هو المذكور أولاً م: (**وفي بعضها اشترى أحد الثوبين**) ش: فحاصله أن الرواية اختلفت في نسخ الجامع الصغير .

قال المصنف : م: (**وهو الصحيح**) ش: أي قوله : اشترى أحد الثوبين هو الصحيح م: (**لأن المبيع في الحقيقة أحدهما والآخر أمانة ،والأول**) ش: هو قوله ثوبين م: (**تجوز**) ش: يعني مجاز لأن المشتري أحد الثوبين فكان من قبيل إطلاق الكل على البعض م: (**واستعارة ، ولو هلك أحدهما**) ش: أي أحد الثوبين م: (**أو تعيب لزمه البيع فيه**) ش: أي في الهالك أو المتعيب م: (**بثمنه**) ش: الذي وقع عليه العقد م: (**وتعين الآخر**) ش: أي الثوب الآخر م: (**للأمانة**) ش: لأنه إنما اشترى أحدهما لا غير وإنما قبض الآخر ليرد على البائع إذا تعين أحدهما لا ليتملكه ولا على سوم الشراء .

وقد تعين أحدهما هنا فيبقى الآخر أمانة لأنه قبضه بإذن البائع لا على حرمة البيع فلم يلزمه شيء بسببه م: (**لامتناع الرد بالتعيب**) ش: تعليل بقوله أو تعيب م: (**ولو هلكا**) ش: أي الثوبان م: (**جميعًا معًا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما**) ش: أي في الثوبين ، وقيد بقوله : معًا لما أنهما لو هلكا على المتعاقب يتعين الأول للبيع إذا علم السابق ، وإذا لم يدر السابق لزمه ثمن نصف كل واحد منهما كما لو هلكا معًا .

م: (**ولو كان فيه**) ش: أي في هذا البيع م: (**خيار الشرط له أن يردهما جميعًا**) ش: لأنه أمين في أحدهما فيرده بحكم الأمانة ، وفي الآخر مشتر بشرط الخيار فيتمكن من رده ، كذا في «المبسوط» م: (**ولو مات من له الخيار فلوارثه أن يرد أحدهما لأن الباقي خيار التعيين**) ش: لأن خيار الشرط بطل بموت من له الخيار م: (**للاختلاط**) ش: أي لأجل اختلاط ملكه بملك الغير م: (**ولهذا**) ش: ولأجل الباقي خيار التعيين م: (**لا يتوقف في حق الوارث**) ش: لأنه لم يثبت له بسبيل الإرث بل لاختلاط تملكه بملك الغير فلو كان الباقي خيار الشرط لردهما الوارث جميعًا .

فأما خيار الشرط لا يورث ، وقد ذكرناه من قبل . ومن اشترى دارًا على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضًا ؛ لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لأنه ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة ، فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقًا عليه ، فيثبت الملك من وقت الشراء ، فيتبين أن الجوار كان ثابتًا ، وهذا التقرير يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة - رحمه الله- خاصة . قال : وإذا اشترى الرجلان غلامًا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده ، عند أبي حنيفة -رحمه الله- . وقالا: له أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية .

م: (**فأما خيار الشرط لا يورث ، وقد ذكرناه من قبل**) ش: يعني عند قوله وإذا مات من له الخيار بطل خياره م: (**ومن اشترى دارًا على أنه بالخيار فبيعت دار أخرى إلى جنبها فأخذها بالشفعة فهو رضا**) ش: أي الأخذ بالشفعة رضا م: (**لأن طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها**) ش: أي في الدار التي اشتراها بالخيار م: (**لأنه**) ش: أي لأن طلب الشفعة م: (**ما ثبت إلا لدفع ضرر الجوار وذلك**) ش: أي دفع ضرر الجار م: (**بالاستدامة**) ش: أعني باستدامة الملك في الدار المشتراة بالخيار .

م: (**فيتضمن ذلك**) ش: أي اختيار الملك م: (**سقوط الخيار سابقًا عليه**) ش: أي على طلب الشفعة م: (**فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين أن الجوار كان ثابتًا**) ش: عند بيع الدار الثانية وهو يوجب الشفعة م: (**وهذا التقرير**) ش: الذي ذكره من قوله : لأن طلب الشفعة يدل على اختيار الملك إلى آخره م: (**يحتاج إليه لمذهب أبي حنيفة - رحمه الله - خاصة**) ش: إنما قال : خاصة لأن عندهما يدخل المبيع في ملك المشتري فلا يحتاج إلى التقرير الذي يؤدي إلى اختيار المالك .

قال الإمام السرخسي - رحمه الله - : وجوب الشفعة مذهبهما ظاهر ، وأما عند أبي حنيفة - رحمه الله - فلأنه صار أحق بالتصرف فيها وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها كالمأذون المستغرق بالدين أو المكاتب فإنهما يستحقان الشفعة وإن لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع فالمشتري هناك لم يصر أحق بالتصرف فيها .

م: (**قال**) ش: محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**وإذا اشترى الرجلان غلامًا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا:**) ش: أي أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**له أن يرده ، وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية**).

ش: وقال صاحب «الخطر والمختلف» إذا اشتريا غلامًا ليس لأحدهما أن يرده بخيار الرؤية أو بخيار العيب بدون صاحبه قبل القبض وبعده على الخلاف المذكور .

وقال الفقيه أبو الليث في شرح « الجامع الصغير» : رجلان اشتريا غلامًا على أنهما بالخيار

لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما، فلا يسقط بإسقاط صاحبه ؛ لما فيه من إبطال حقه . وله أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة ، فلو رده أحدهما رده معيبًا به وفيه إلزام ضرر زائد ، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد .

فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وفي قولهما له ذلك .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**أن إثبات الخيار لهما**) ش: أي للرجلين المذكورين م: (**إثباته**) ش: أي إثبات الخيار م: (**لكل واحد منهما فلا يسقط بإسقاط صاحبه لما فيه من إبطال حقه**) ش: في الخيار .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أن المبيع خرج عن ملكه**) ش: أي عن ملك البائع م: (**غير معيب بعيب الشركة**) ش: لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب فإن البائع قبل البيع كان متمكنًا من الانتفاع متى شاء وبعده إذا أراد البعض لا يتمكن إلا مهاباة ، والخيار يثبت نظرًا لمن هو له على وجه لا يلحق بالضرر لغيره م: (**فلو رده أحدهما رده معيبًا به وفيه إلزام ضرر زائد**) ش: وقيد الضرر بالزائد لأن في امتناع الرد ضررًا أيضًا زائدًا للرد، ولكن لم يكن من الغير بل لعجزه عن إيجاد شرط الرد كان دون الأول فإن الضرر الحاصل من الغير أقطع -أنجع- من الحاصل من نفسه .

فإن قيل: بيعه منهما رضا منه يعيب التبعيض :أجيب : بأنه إن سلم به فهو رضا به في ملكها لا في ملك نفسه ، فإن قيل : حصل العيب في يد البائع بفعله لأن تفرق الملك إنما هو بالعقد قبل القبض .

قلنا : بل حصل بفعل المشتري برد نصفه ، والمشتري إذا عيب المعقود عليه في يد البائع ليس له أن يرده بحكم خياره ، لكن هذا العيب لعرض الزوال بمساعدة الآخر على الرد ، **فإذا** امتنع ظهر عمله .

م: (**وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما**) ش: جواب لهما وتقريره أن إثبات الخيار لهما ليس من ضرورته م: (**الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد**) ش: أي اجتماع الشريكين يعني يتصور الانفكاك بتصور اجتماعهما على الرد فلا يلزم من إثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما .

وعن أبي حنيفة في غير رواية الأصول : أنه لو رد أحدها يؤمر الآخر برده لأنه لو امتنع عن الرد كان فيه إبطال حق الآخر ، وليس له ذلك لأن الخيار بشرط الرد وقد اشترطا . كذا في «جامع الأسبيجابي» .

قال: ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ، إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء ترك ؛ لأن هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ، ثم فواته يوجب التخيير لأنه ما رضي به دونه ، وهذا يرجع إلى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الأغراض ، فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات، وصار كفوات وصف السلامة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله : م: (**ومن باع عبداً على أنه خباز أو كاتب**) ش: أي عبد حرفته الخبز أو الكتابة م: (**وكان بخلافه**) ش: أي ظهر أنه ليس بخباز أو ليس بكاتب م: (**فالمشتري بالخيار ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء ترك**) ش: .

وبه قال الشافعي - رضي الله عنه - في قول م: (**لأن هذا وصف مرغوب فيه**) ش: وهو ظاهر وهو احتراز عما ليس بمرغوب فيه كما إذا باع على أنه أعور فإذا هو سليم لأنه لا يوجب الخيار م: (**فيستحق**) ش: أي الوصف المرغوب فيه م: (**في العقد بالشرط ثم فواته**) ش: أي فوات الوصف المرغوب فيه م: (**يوجب التخيير لأنه ما رضي به دونه**) ش: أي ما رضي بالمبيع بدون الوصف المرغوب فيه ، وينقض بما إذا باع شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا فإن البيع فيه فاسد والوصف مرغوب فيه .

وأجيب : بأن ذلك ليس بوصف بل اشتراط مقدر من البيع مجهول وضم المجهول إلى المعلوم يصير الكل مجهولاً ، ولهذا إذا شرطا أنها حلوب أو لبون لا تفسد لكونه وصفاً مرغوباً فيه ذكره الطحاوي - رحمه الله - سلمناه ولكنه مجهول ليس في وسع البائع تحصيله ولا إلى معرفته سبيل بخلاف ما نحن فيه ، فإن له أن يأمره بالخبز والكتابة فيظهر حاله .

م: (**وهذا**) ش: أي الاختلاف في النوع بكونه خبازاً أو غير خباز وبكونه كاتباً أو غير كاتب م: (**يرجع إلى اختلاف النوع**) ش: يعني بمنزلة الاختلاف في النوع حتى لا يفسد العقد بل يكون للمشتري الخيار م: (**لقلة التفاوت في الأغراض فلا يفسد العقد بعدمه بمنزلة وصف الذكورة والأنوثة في الحيوانات**) ش: كما إذا اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هي حمل وقيد فيه بالحيوان لأن في بني آدم يورث اختلاف الجنس لفحش التفاوت كما إذا باع عبداً فإذا هي جارية ويفسد به العقد .

م: (**وصار كفوات وصف السلامة**) ش: أي صار فوات الخبز والكتابة فيما إذا اشترى على أنه خباز أو كاتب فوجده بخلافه كفوات وصف السلامة فيما إذا اشترى على أنه سليم فوجده معيباً فثمة له ولاية الرد فكذا ها هنا .

والحاصل أن الاختلاف الحاصل بالوصف إن كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الأغراض كان راجعاً إلى الجنس كما في بيع عبد وظهر جارية فيفسد به العقد ، وإن كان مما لا

وإذا أخذه أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف .

يوجب كان راجعًا إلى النوع كما في شراء نعجة فظهر أنها حمل فلا يفسد العقد لكنه يوجب التخيير لفوات وصف السلامة .

وفي «الذخيرة» : ولو امتنع الرد بسبب من الأسباب رجع المشتري على البائع بحصته من الثمن ، فيقوم العبد كاتبًا وينظر إلى تفاوت ما بين ذلك فإن مثل العشر يرجع بعشر الثمن ، وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه لا يرجع ها هنا بشيء.

ولكن المذكور في ظاهر الرواية أصح وبه قال الشافعي - رضي الله عنه - لأن البائع عجز عن تسليم وصف السلامة كما في المعيب ، ولو وقع الاختلاف بين المشتري والبائع في هذه الصور بعد ما مضي حين من وقت البيع فقال المشتري : لم أجده كاتبًا ، وقال البائع : إني سلمته إليك كذلك ولكنه نسي عندك وقد ينسى في تلك المدة فالقول للمشتري لأن الاختلاف وقع في وصف عارض إذ الأصل عدم الكتابة والخبز . قال الله تعالى : ﴿ **والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لا تعلمون شيئًا** ﴾ (النحل : الآية ٧٨) ، ولو اشترى بقرة على أنها حبلى فولدت عنده وشرب اللبن وأنفق عليها فإنه يردها والولد وما شرب من اللبن لأن البيع وقع فاسدًا وكانت في ضمانه والنفقة عليه ، ولو اشترى شاة على أنها نعجة فإذا هو معز يجوز البيع وله الخيار لأن حكمها واحد في الصدقات .

وكذا لو اشترى بقرة فإذا هي جاموس ، ولو اشترى جارية على أنها مولودة الكوفة فإذا هي مولودة بغداد ، أو اشترى غلامًا على أنه فحل فإذا هو خصي أو على عكسه ، أو على أنها بغلة فإذا هو بغل أو على أنها ناقة فإذا هو فحل ، أو على أنه لحم ضأن فوجده لحم ماعز أو على عكسه ففيها كلها له الخيار .

م: (**وإذا أخذه**) ش: أي وإذا أخذ العبد الذي اشتراه على أنه خباز أو كاتب فظهر بخلافه م: (**أخذه بجميع الثمن لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد**) ش: تدخل فيه من غير ذكر م: (**على ما عرف**) ش: فيما تقدم .

* * *

باب خيار الرؤية

قال : ومن اشترى شيئًا لم يره فالبيع جائز وله الخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده . وقال: الشافعي : لا يصح العقد أصلاً لأن المبيع مجهول .ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : «من اشترى شيئًا لم يره فله الخيار إذا رآه » .

م: (باب خيار الرؤية)

ش: أي هذا باب في بيان خيار الرؤية والإضافة فيه من قبيل إضافة المسمى إلى شرطه ، وقال تاج الشريعة : من إضافة الحكم إلى سببه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**ومن اشترى شيئًا لم يره فالبيع جائز**) ش: صورته أن يقول الرجل لغيره : بعتك الثوب الذي في كمي هذا وصفته كذا أو الدرة التي في كمي هذا وصفتها كذا ولم يذكر الصفة أو يقول : بعت منك هذه الجارية المتنقبة ، أما إذا قال : بعت ما في كمي أو ما في كمي هذه من شيء هل يجوز البيع ؟ لم يذكره في المبسوط قال عامة مشايخنا - رحمهم الله - : إطلاق الجواب يدل على جوازه عندنا وبعضهم قال : لا يجوز لجهالة المبيع .

وفي «المبسوط» الإشارة إليه وإلى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر إليه ولا إلى مكانه لا يجوز بالإجماع ، وفي «الأسرار » صورته عبدًا أو أمة متنقبة مشارًا إليها حاضرة له الخيار إذا كشف ثم خيار الرؤية لا يثبت إلا في أربعة أشياء ، في الشراء والإجارة والقسمة والصلح في دعوى المال على شيء بعينه .

م: (**وله الخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده ، وقال الشافعي : لا يصح العقد أصلاً لأن المبيع مجهول**) ش: لأنه لم يعرف من المعقود عليه إلا الاسم ، وفي « الدراية » وعند الشافعي - رضي الله عنه - إن كان جنس المبيع معلومًا بأن قال: بعتك ما في هذه الجواليق من الثياب فله قولان ، وإن لم يكن معلومًا بأن قال: بعت ما في هذه الجواليق . فالمبيع باطل عنده قولاً واحدًا .

وفي « شرح الوجيز ، والحلية » : بيع ما لم يره البائع والمشتري يصح في القديم وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد - رحمهم الله - وفي الجديد لا يصح لأن المبيع مجهول ، وفي «الحلية » يجوز بيع الغائب في القول المختار وهو قول عثمان وطلحة -رضي الله عنهما- واختاره القفال وكثير من أصحابنا .

م: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ : م: (**من اشترى شيئًا لم يره فله الخيار إذا رآه**) ش: الحديث روي مرسلاً ومسندًا ، فالمسند أخرجه الدارقطني في سننه ، عن داهر

....

ابن نوح حدثنا عمر بن إبراهيم بن خالد الكردي حدثنا وهب اليشكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال قال رسول الله ﷺ : «**من اشترى شيئًا لم يره فهو بالخيار إذا رآه**».

قال عمر الكردي : وأخبرني فضيل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ مثله ، قال عمر أيضًا : وأخبرني القاسم بن الحكم عن أبي حنيفة - رحمه الله - عن الهيثم عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ مثله [(١)] .

وأما المرسل فرواه ابن أبي شيبة في مصنفه والدارقطني - رحمهما الله - ثم البيهقي - رحمه الله - في سننيهما حدثنا إسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله ابن أبي مريم عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ قال : من اشترى . . . إلى آخره ، وزاد «إن شاء أخذه وإن شاء تركه». فإن قلت : استدل الشافعي - رضي الله عنه - بأحاديث صحاح منها : ماروا مسلم عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر .

ومنها ، ما رواه الأربعة عن حكيم بن حزام قال عليه الصلاة والسلام : «لا تبع ما ليس عندك»[(٢)] . وقال الترمذي - رحمه الله - : هذا حديث حسن .

ومنها : مارواه الأربعة أيضًا عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - أن رسول الله ﷺ قال : لا يحل سلف وبيع ولا شرط في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك [(٣)] . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح ، وقالوا : حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - الذي احتججتم به فيه عمر بن إبراهيم الكردي .

(١) أخرجه الدارقطني (٣/ ٥) ، مسندًا من طريق عمر بن إبراهيم الكردي ثنا وهب اليشكري عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة مرفوعًا . وأخرجه من طريق عمر بن إبراهيم : أخبرني فضيل بن عياض عن هشام عن ابن سيرين عن أبي هريرة مرفوعًا ، ثم قال : وعمر بن إبراهيم هذا يقال له الكردي ، يضع الأحاديث وهذا باطل لا يصح . ورواه مرسلاً أيضًا من طريق إسماعيل بن عياش عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم عن مكحول رفعه إلى النبي ﷺ . قال الدارقطني : هذا قوله رددت

قلت: والإسناد الثاني أصح .

(٢) صحيح : رواه أبو داود (٣٥٠٣) ، والنسائي (٤٢٩٩) ، والترمذي «البيوع - باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عنده» (١٢٥٥) ، وابن ماجة (٢١٨٧) .

انظر صحيح أبي داود للعلامة الألباني (٢/ ٩٦٩) .

(٣) حسن: رواه أبو داود (٣/ ٢٨٣) ، والنسائي (٤/ ٢٩٥) ، وابن ماجه (٢/ ٧٣٨) ، من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي به إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه ،

قال الدارقطني - رحمه الله : هو يضع الأحاديث ، وهذا باطل لا يصح لأنه لم يروه غيره وإنما يروى عن ابن سيرين - رحمه الله - من قوله ، وقال ابن القطان - رحمه الله - في كتابه : والراوي عن الكردي داهر بن نوح وهو لا يعرف وفي المرسل أبو بكر بن أبي مريم . قال الدارقطني : ضعيف .

قلت : أما حديث أبي هريرة -رضي الله عنه - فإن أبا حنيفة ومحمد - رحمهما الله - روياه بإسنادهما ذكره صاحب «المبسوط» وغيره من أصحابنا وهم ثقات ، وذكر في «المبسوط» : أيضًا أن ابن عباس - رضي الله عنهما - والحسن البصري وسلمة بن الحسين رووه مرسلاً وهو حجة عندنا ، و الحديث الذي رواه العلماء الكبار إذا كان في طريق منها لا يترك مع أن الطعن المبهم لا يقبل وعمل بهذا الحديث كثير من العلماء مثل مالك وأحمد وغيرهما .

وفي «نوادر الفقهاء» لابن بنت نعيم : أجمع الصحابة -رضوان الله عليهم- على جواز بيع الغائب المقدور على تسليمه وأن لمشتريه خيار الرؤية إذا رآه ، فإن قيل : بيع الآبق متفق على منعه فكذا الغائب قلنا : لم يمتنع بيع الآبق لغيبته بل لتعذر تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء ، والجواب عن النهي عن بيع الغرر أنه لا يدري أيكون أم لا ، وعلى ما لا يقدر على تسليمه كذا قال أهل اللغة .

وقال ابن حزم في «المحلى» : إذا وصف الغائب عن رد دينه وخير ملكه المشتري فأين الغرر ولم يزل المسلمون يتبايعون الضياع في البلاد البعيدة بالصفة ، باع عثمان لطلحة - رضي الله عنهما - أرضًا بالكوفة لم يرياه ، فقضى جبير بن مطعم - رضي الله عنه - أن الخيار لطلحة -رضي الله عنه - وما نرى للشافعي -رضي الله عنه-سلفًا في منع بيع الغائب الموصوف ، ولا خلاف في اللسان ما في ملك بائع ما هو عنده وما ليس في ملكه ، فليس عنده ، وإن كان في يده ، والجواب عن حديث حكيم بن حزام أن المراد من قوله : «ما ليس عندك» عدم الملك لأن تمام الحديث يدل على ذلك ، وتمامه قال سألت رسول الله ﷺ فقلت : يأتيني الرجل فيسألني من البيع ما ليس عندي أبتاع له من السوق ثم أبيعه منه قال : «لا تبع ما ليس عندك» هكذا رواه الترمذي وغيره ، وفي رواية النسائي : أبيعه منه ثم أبتاعه له من السوق ، فقال «لاتبع ما ليس عندك» .

م: (**ولأن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي به إلى المنازعة لأنه لو لم يوافقه يرده**) ش: لأنه لو لم يوافقه بعد الرؤية يرده على بائعه بلا نزاع وإنما يفضي إلى المنازعة لو قلنا بانبرام العقد ولم نقل به م: (**فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه**) ش: بأن اشترى ثوبًا مشاراً إليه غير معلوم عدد

وكذا إذا قال: رضيت ، ثم رآه ، له أن يرده ؛ لأن الخيار معلق بالرؤية ؛ لما روينا ، فلا يثبت قبلها ، وحق الفسخ بحكم أنه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه

وزعاته يجوز لكونه معلوم العين وإن لم يكن ثمة جهالة لا يفضي إلى النزاع .

م: (**وكذا إذا قال :رضيت**) ش: وفي بعض النسخ قال: وكذا إذا رضيت ذكر هذا تفريعًا على مسألة القدوري ، يعني قال المشتري بعد تمام البيع : رضيت بذلك البيع على أي وصف كان م: (**ثم رآه ، له أن يرده**) ش: وهو ظاهر مذهب الشافعي - رضي الله عنه - ، وحكي في تتمتهم وجهًا آخر أنه ينفذ كما إذا اشترى على أن لا خيار م: (**لأن الخيار معلق بالرؤية لما روينا**) ش: والحديث الذي ذكره م: (**فلا يثبت قبلها**) ش: أي فلا يثبت الخيار قبل الرؤية على تأويل المذكور ، لأن المعلق بالشيء لا يثبت قبله لئلا يلزم وجود المشروط بدون الشرط ، **فإن قيل** : المذهب عندنا أن المعلق بالشرط يوجد عند وجوده .

ولا يلزم عدمه عند عدمه لجواز أن يوجد بعلة أخرى فكيف يصح قوله : فلا يثبت قبله لأنه دعوى بلا دليل ؟ قلنا : هذه وصية متلقاة من جهة صاحب الشرع فتنتهي إلى ما نهانا إليه ، والشرع أثبت الخيار بالرؤية فلا يثبت قبلها ، ولو يثبت إنما يثبت بدليل آخر ، فمن ادعاه فعليه البيان كذا قيل ، فإن قيل : يشكل بخيار العيب فإنه إذا قال رضيت به ، قيل : إذا أراده فلا خيار له . قلنا : سبب الخيار هناك العيب وهو موجود قبل العلم فيكون الخيار ثابتًا ، ولا كذلك ها هنا كما بينا فافترقا .

م: (**وحق الفسخ**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر يرد على قوله : لأن الخيار معلق بالرؤية فلا يثبت قبله بأن يقال : لما لم يثبت قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية لأنه من نتائج ثبوت الخيار له كالقبول فكان معلقًا بها فلا يوجد قبلها .

فأجاب بقوله : وحق الفسخ يعني يمكنه من الفسخ م: (**بحكم أنه**) ش: أي أن العقد بخيار الرؤية م: (**عقد غير لازم**) ش: لأنه لم يقع منبرمًا فجاز فسخه لهؤلاء فيه ، ألا ترى أن كل واحد من العاقدين في عقد الوديعة والعارية والوكالة يملك الفسخ باعتبار عدم لزوم العقد وإن لم يكن له خيار لا شرطًا ولا شرعًا .

م: (**لا بمقتضى الحديث**) ش: أي لا للبناء على الخيار الذي اقتضاه الحديث .

قال الأكمل : وفيه نظر لأن عدم لزوم هذا العقد باعتبار الخيار ملزوم للخيار ، والخيار معلق بالرؤية لايوجد بدونها فكذا ملزومه لأن ما هو شرط اللازم فهو شرط الملزوم م: (**ولأن الرضا بالشيء**) ش: جواب آخر وتحقيقه أن رضا الشخص بالشيء م: (**قبل العلم بأوصافه**) ش:

لا يتحقق فلا يعتبر قوله : رضيت قبل الرؤية ، بخلاف قوله : رددت . قال: ومن باع ما لم يره فلا خيار له ، وكان أبو حنيفة يقول أولاً له الخيار اعتباراً بخيار العيب وخيار الشرط ، وهذا لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً وثبوتًا ، ولا يتحقق ذلك إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيًا بالزوال ، ووجه القول المرجوع إليه أنه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه ،

أي قبل أن يعلم بأوصاف ذلك الشيء م: (**لا يتحقق**) ش: لأن الرضا استحسان الشيء واستحسان ما لم يعلم ما يحسنه غير متصور م: (**فلا يعتبر قوله :رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله: رددت**) ش: لأنه فسخ لعدم الرضا وهو لا يحتاج إلى معرفة المحسنات لا يقال عدم الرضاء لاستقباح الشيء واستقباح ما لم يعلم ما يقبحه غير متصور ، لأن عدم الرضا قد يكون باعتبار ما بدا له من انتفاء حاجته إلى المبيع أو ضاع ثمنه أو استغلاه فلا يستلزم الاستقباح .

وذكر في «التحفة» أن جواز الفسخ قبل الرؤية لا رواية فيه لكن المشايخ اختلفوا فقال بعضهم : لا يصح قياسًا على الإجارة ، وقال بعضهم يصح : دون الإجازة وهو مختار المصنف-رحمه الله .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن باع ما لم يره فلا خيار له**) ش: صورته ورث شيئًا فباعه قبل الرؤية فلا خيار له وبه قال الشافعي - رضي الله عنه - م: (**وكان أبو حنيفة يقول أولاً له الخيار**) ش: وبه قال الشافعي - رضي الله عنه - في وجه وقال في وجه : لا ينعقد بيعه قولاً واحداً م: (**اعتبارًا**) ش: أي قياسًا م: (**بخيار العيب وخيار الشرط**) ش: أما خيار العيب فإنه لا يختص بجانب المشتري بل إذا وجد البائع الثمن زيفًا فهو بالخيار إن شاء جوز وإن شاء رد ، كالمشيئة إذا وجد المبيع معيبًا ، لكن لا ينفسخ رد الثمن وينفسخ برد المبيع لأنه أصل دون الثمن ، وأما خيار الشرط فإنه يصح من الجانبين كما تقدم .

م: (**وهذا**) ش: أي ثبوت الخيار للبائع م: (**لأن لزوم العقد بتمام الرضا زوالاً**) ش: أي من حيث الزوال من جهة المبيع في حق البائع م: (**وثبوتًا**) ش: أي من حيث الثبوت من جهة الشراء في حق المشتري م: (**ولا يتحقق ذلك**) ش: أي الرضا م: (**إلا بالعلم بأوصاف المبيع وذلك**) ش: أي العلم بأوصاف المبيع م: (**بالرؤية**) ش: فإن بالرؤية يحصل الاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة م: (**فلم يكن البائع راضيًا بالزوال**) ش: أي قبل الرؤية لعدم تمام الرضا .

م: (**ووجه القول المرجوع إليه**) ش: وهو عدم الخيار م: (**أنه**) ش: أي أن الخيار م: (**معلق بالشراء لما روينا**) ش: وهو الحديث المذكور م: (**فلا يثبت دونه**) ش: أي دون الشراء ، ورؤية المشتري ، فإن قيل : البائع مثل المشتري في الاحتياج إلي تمام الرضا فيلحق به دلالة . أجيب : بأنهما ليسا سيان فيه ، لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أنه كان يظنه خيراً مما اشترى فيرده

وروي أن عثمان -رضي الله عنه- باع أرضًا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة : إنك قد غبنت فقال: لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان : إنك قد غبنت ، فقال: لي الخيار لأني بعت ما لم أره ، فحكما بينهما جبير بن مطعم -رضي الله عنه- فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة -رضي الله عنهم- . ثم خيار الرؤية غير مؤقت بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله ،وما يبطل خيار الشرط

لفوات الوصف المرغوب لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن فصار كما لو باع عبدًا بشرط أنه معيب فإذا هو صحيح لم يثبت للبائع خيار ، وإذا لم يكن في معناه لم يلحق به فإن قيل : المعلق بالشرط يوجد قبل وجود الشرط لسبب آخر ، وها هنا وجد القياس . أجيب : بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى فلا يجوز فيه القياس سلمناه .

ولكن القياس على مخالفة الإجماع باطل ، والإجماع في قضية عثمان وطلحة – رضي الله عنهما – على ماذكره بقوله م: (**وروي أن عثمان – رضي الله عنه –**) ش: وهو **عثمان بن** عفان م: (**باع أرضًا بالبصرة**) ش: أي كانت الأرض بالبصرة وعثمان -رضي الله عنه- بالمدينة م: (**من طلحة بن عبيد الله**) ش: التميمي أحد العشرة المبشرين بالجنة م: (**فقيل لطلحة : إنك قد غبنت**) ش: على صيغة المجهول من «الغبن» بالغين المعجمة وسكون الباء يقال : غبنته في البيع أي خدعته م: (**فقال : لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره ، وقيل لعثمان : إنك قد غبنت فقال : لي الخيار لأني بعت ما لم أره فحكما بينهما**) ش: بتشديد الكاف من التحكيم م: (**جبير بن مطعم**) ش: بن عدي الصحابي المشهور م: (**فقضى بالخيار لطلحة – رضي الله عنه –**) ش: وهذا أخرجه الطحاوي ثم البيهقي عن علقمة بن أبي وقاص -رضي الله عنه- أن طلحة – رضي الله عنه – اشترى من عثمان – رضي الله عنه – مالم يره فقيل لعثمان : إنك قد غبنت . . . الحديث

م: (**وكان ذلك**) ش: أي حكم جبير بن مطعم -رضي الله عنه- كان بين عثمان وطلحة رضي الله عنهما م: (**بمحضر من الصحابة- رضي الله عنهم-**) ش: ولم ينكر عليه أحد من الصحابة -رضوان الله عليهم- فكان إجماعًا بينهم ؛ ولهذا رجع أبو حنيفة – رحمه الله- حين بلغه الخبر م: (**ثم خيار الرؤية غير مؤقت**) ش: قيل : إنه مؤقت بوقت إمكان الفسخ بعد الرؤية وبه قال بعض أصحاب الشافعي -رضي الله عنه -حتى إذا وقع بصره عليه ولم يفسخه سقط حقه .

والأصح ما قاله المصنف – رحمه الله – بقوله : م: (**بل يبقى**) ش: أي خياره م: (**إلى أن يوجد ما يبطله**) ش: لأنه ثبت حكمًا لانعدام الرضا فيبقى إلى أن يوجد ما يبطل عدم الرضا م: (**وما يبطل خيار الشرط**) ش: كلمة ما موصولة مبتدأ ، ويبطل بضم الياء من الإبطال صلة

من تعيب أو تصرف يبطل خيار الرؤية ، ثم إن كان تصرفًا لايمكن رفعه كالإعتاق والتدبير، أو تصرفًا يوجب حقًا للغير كالبيع المطلق والرهن والإجارة يبطله قبل الرؤية وبعدها ؛ لأنه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار .وإن كان تصرفًا لا يوجب حقًا للغير كالبيع بشرط الخيار ، والمساومة ، والهبة من غير تسليم لا يبطله إذا كان قبل الرؤية ؛

الموصول وخيار الشرط بالنصب مفعوله ، وكلمة من في قوله م: (**من تعيب**) ش: للبيان أي من تعيب في البيع الذي اشتراه بخيار الشرط م: (**أو تصرف**) ش: أي أو تصرف في خيار الشرط ، وقوله : م: (**يبطل خيار الرؤية**) ش: خبر المبتدأ وصورة التعيب في خيار الشرط قد مضت هناك ، وأما التصرف في خيار الرؤية فعلى ضربين أشار إلى الأول بقوله : م: (**ثم إن كان**) ش: أي التصرف م: (**تصرفًا لا يمكن رفعه**) ش: يعني بعد وقوعه م: (**كالإعتاق**) ش: بأن أعتق عبده الذي اشتراه ولم يره .

م: (**والتدبير**) ش: بأن دبره قبل رؤيته م: (**أو تصرفًا**) ش: أي أو تصرف تصرفًا م: (**يوجب حقًا للغير**) ش: وهذا هو الضرب الثاني م: (**كالبيع المطلق**) ش: بأن باع الذي اشتراه ولم يره مطلقًا يعني بدون شرط الخيار م: (**والرهن**) ش: بأن رهن الذي اشتراه قبل الرؤية م: (**والإجارة**) ش: بأن أجره لأحد قبل رؤيته م: (**يبطله**) ش: جواب قوله : ثم إن كان وجواب ما عطف عليه وهو الضرب الثاني من الضربين ، أي يبطل خياره للرؤية في الضرب الأول .

والضرب الثاني وسواء في البطلان م: (**قبل الرؤية وبعدها لأنه لما لزم**) ش: أي هذا التصرف إما لعدم إمكان رفعه أو لكونه موجبًا حقًا للغير م: (**تعذر الفسخ فبطل الخيار**) ش: ضرورة عدم إمكان العمل بالنص وفي «شرح الأقطع» : لو عاد إلى ملكه بسبب الرد بقضاء أو بفك الرهن ، أو فسخ الإجارة لم يرد بخيار الرؤية لأنه يبطل بعقده فلا يعود بسبب ملكه .

فإن قيل : بطلان الخيار قبل الرد مخالف لحكم النص لأنه أثبت الخيار إذا رآه .

قلنا : ذاك فيما إذا أمكن العمل بحكم النص ، وهذه التصرفات مبنية على الملك وصحة هذه التصرفات بناء على قيام الملك وبعد صحتها لا يمكن دفعها فيسقط الخيار ضرورة بطلان العقد ، وخيار الرؤية بالنص فيما إذا بقي حكم العقدكذا في «الذخيرة».

م: (**وإن كان**) ش: أي التصرف م: (**تصرفًا لا يوجب حقًا للغير كالبيع بشرط الخيار**) ش: بأن باع ما اشتراه قبل الرؤية بشرط الخيار م: (**والمساومة**) ش: بأن عرضه على البيع م: (**والهبة من غير تسليم**) ش: بأن وهبه لشخص ولكن لم يسلمه للموهوب له م: (**لا يبطله**) ش: جواب قوله : وإن كان تصرفًا لا يوجب حقًا للغير أي لا يبطل خيار الرؤية لكن ليس على الإطلاق بل إنما لا يبطله م: (**إذا كان قبل الرؤية**) ش: أي رؤية الشيء الذي اشتراه .

لأنه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا . قال : ومن نظر إلى وجه الصبرة ، أو إلى وجه الجارية ، أو إلى ظاهر الثوب مطويًا أو إلى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له ، والأصل في هذا أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره ، فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع أشياء ، فإن كان لا تتفاوت آحادها كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفي ؛

م: (**لأنه**) ش: أي لأن هذا التصرف م: (**لا يربو**) ش: أي لا يزيد م: (**على صريح الرضا**) ش: وصريح الرضا لا يبطله قبل الرؤية ، وبدليل الرضا أولى أن لا يبطل لأنه دونه م: (**ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا**) ش: وفي «المجتبى» : لا يطالب المشتري بالثمن قبل الرؤية ولا يتوقف الفسخ على القضاء والرضاء بل ينفسخ بمجرد قوله رددت سواء كان قبل المشتري أو بعده ، لكنه لا يصح إلا بمحضر من البائع عند أبي حنيفة -رحمه الله- ومحمد -رحمه الله- خلافًا لأبي يوسف - رحمه الله .

والخلاف فيه كالخلاف في خيار الشرط والإجازة فصح بدونه وليس في الدراهم والدنانير والديون خيار الرؤية ، ولو كان أيضًا من النقدين أو تبراً وحلي مصوغ فله الخيار ولو تبايعا عينًا بعين فلهما الخيار ولو تبايعا عينًا بدين فلمشتري العين خياره .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله : م: (**ومن نظر إلى وجه الصبرة أو إلى وجه الجارية**) ش: ذكر الجارية وقع اتفاقًا فإن الحكم في الغلام كذلك في «الإيضاح» : المعتبر في العبد والأمة النظر إلى الوجه لأن سائر الأعضاء في العبيد والجواري تبع للوجه .

ألا ترى أن القيمة تتفاوت بتفاوت الوجه مع التساوي في سائر الأعضاء م: (**أو إلى ظاهر الثوب مطويًا**) ش: أي أو نظر إلى ظاهر الثوب حال كونه مطويًا م: (**أو إلى وجه الدابة**) ش: أي أو نظر إلى وجه الدابة م: (**وكفلها**) ش: أي وإلى كفلها م: (**فلا خيار له**) ش: جواب من وما بعدها .

م: (**والأصل في هذا**) ش: أي في إسقاط خيار الرؤية م: (**أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره**) ش: أي لتعذر رؤية الجميع على تأويل المذكور ، وفي بعض النسخ لتعذرها فلا يحتاج إلى التأويل م: (**فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود**) ش: لحصول المقصود م: (**ولو دخل في البيع أشياء**) ش: يعني متعدده من جنس واحد .

م: (**فإن كان لا تتفاوت آحادها كالمكيل والموزون**) ش: والعددي المتقارب ، وقيد بقوله : لا تتفاوت آحادها لأنه إذا كان المكيل أو الموزون من أنواع مختلفة فخياره باق م: (**وعلامته**) ش: أي علامة الشيء الواحد الذي لا تتفاوت آحاده م: (**أن يعرض بالنموذج**) ش: بفتح النون وبيان

برؤية واحد منها إلا إذا كان الباقي أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار ، وإن كان تتفاوت آحادها كالدواب والثياب لا بد من رؤية كل واحد منها ، والجوز والبيض من هذا القبيل ، فيما ذكره الكرخي -رحمه الله- ، وكان ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة ، إذا ثبت هذا فنقول : النظر إلى وجه الصبرة كاف لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج ، وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع

الأنموذج أيضًا بضم الهمزة وهو تعريب نموذجه كذا في المغرب م: (**يكتفي برؤية واحد منها**) ش: أي من هذه الأشياء المتعددة .

م: (**إلا إذا كان الباقي**) ش: من الذي ما رآه م: (**أردأ مما رأى فحينئذ يكون له الخيار**) ش: أطلق المصنف - رحمه الله - الخيار ، وفي «الينابيع» يثبت له خيار المعيب لا خيار الرؤية سواء كان في وعاء واحد أو أوعية مختلفة بعد أن يتحد الكيل في الجنس والصفة .

وفي «جامع قاضي خان» قال مشايخ بلخ - رحمهم الله : برؤية أحد الوعاءين لا يبطل خياره ، والصحيح أنه يبطل لأن رؤية البعض تعرف حال الباقي ، فإن تغير الباقي له أن يرده .

وفي «الذخيرة» المكيل والموزون يكتفي برؤية البعض إذا كان في وعاء واحد، وإن كانا في وعاءين فرأى ما في أحدهما اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق - رحمهم الله : إذا رضي عما رأى يبطل خياره في الكيل إذا وجد ما في الوعاء الآخر مثل ما رأى أو فوقه ، أما إذا وجد دونه فهو على خياره ، ولكن إذا أراد الرد يرد الكل .

م: (**وإن كان تتفاوت آحادها كالدواب والثياب لا بد من رؤية كل واحد منها**) ش: لأن رؤية البعض لا تعرف الباقي لتفاوت في آحاده م: (**والجوز والبيض من هذا القبيل**) ش: أي من قبيل ما تتفاوت آحاده لأنه يختلف بالصغر والكبر وهو اختيار قاضي خان - رحمه الله- م: (**فيما ذكره الكرخي - رحمه الله -**) ش: ومال المصنف إلى أنه يكتفي برؤية واحد منها ولهذا قال : م: (**وكان ينبغي أن يكون**) ش: أي الجوز واللوز م: (**مثل الحنطة والشعير لكونها**) ش: أي لكون آحادهما أي آحاد الجوز واللوز م: (**متقاربة**) ش: فيكتفى برؤية البعض عن الباقي ، وفي «المجرد» وهو الأصح وبه قال بعض أصحاب الشافعي - رحمه الله .

م: (**إذا ثبت هذا**) ش: أي ما ذكرنا من التفصيل والتقرير م: (**فنقول : النظر إلى وجه الصبرة كاف ، لأنه يعرف وصف البقية لأنه مكيل يعرض بالنموذج**) ش: وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه ، وحكي عنه أنه لا يكفي رؤية ظاهر الصبرة بل لا بد من تقلبها ليعرف حال باطنها ، والمذهب المشهور هو الأول عنده .

م: (**وكذا النظر إلى ظاهر الثوب مما يعلم به البقية إلا إذا كان في طيه ما يكون مقصوداً كموضع**

العلم ، والوجه هو المقصود في الآدمي ، وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ، ولا يعتبر رؤية غيره .وشرط بعضهم رؤية القوائم ، والأول هو المروي عن أبي يوسف -رحمه الله- ، وفي شاة اللحم لا بد من الجس لأن المقصود . وهو اللحم يعرف به ، وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع ،

العلم) ش: وفي «شرح المجمع» المسألة معروفة في الثوب الذي لا يتفاوت ظاهره وباطنه حتى لو خالف لا بد من رؤية ظاهره وباطنه م: (**والوجه هو المقصود في الآدمي**) ش: أي العبد والأمة حتى لو نظر إلى غيره لا يبطل خياره ، وعند الشافعي -رضي الله عنه- لابد في العبد من رؤية الوجه والأطراف ، ولا يجوز رؤية العورة ، وفي باقي البدن ذكره في التهذيب أنه لابد من رؤية أظهر الوجهين ، وفي الأمة له وجوه أحدها: يعتبر رؤية ما يرى من العبد والثاني: رؤية ما يبدو من الزينة، والثالث: يكفي رؤية الوجه والكفين وفي رؤية الشعر وجهان ، وفي «التهذيب» : أصحهما يشترط، ولا يشترط رؤية اللسان والأسنان في أصح الوجهين كذا في «شرح الوجيز» وفي الغاية الأولى تحكيم العرف .

م: (**وهو**) ش: أي الوجه م: (**والكفل في الدواب فيعتبر رؤية المقصود ولا يعتبر رؤية غيره**) ش: أي غير المقصود حتى لو رأى سائر أعضائه دون الوجه يبقى على خياره ، وفي بعض النسخ دون غيرها أي غير الثلاثة ، وهي الوجه في الآدمي والوجه والكفل في الدواب والأول أصح .

م: (**وشرط بعضهم رؤية القوائم**) ش: أي شرط بعض المشايخ - رحمهم الله- رؤية قوائم الدابة م: (**والأول**) ش: وهو رؤية الوجه والكفل م: (**هو المروي عن أبي يوسف -رحمه الله-**) ش: رواها بشر عنه وعن أبي يوسف -رحمه الله- يعتبر في الدواب عرف التجار وهو رواية المعلى عنه ، وعن محمد - رحمه الله - يكفي رؤية الوجه اعتباراً بالعبد والأمة ، وعند الشافعي رضي الله عنه : لا بد من رؤية الوجه والكفل والقوائم ويجب رفع السرج والإكاف والحبل ، وعند بعض أصحابه أنه لا بد من أن يجري الفرس بين يديه ليعرف سيره . . كذا في« شرح الوجيز»
م: (**وفي شاة اللحم**) ش: وهي الشاة التي تشترى للذبح لأجل اللحم م: (**لابد من الجس لأن المقصود وهو اللحم يعرف به**) ش: أي بالجس ليعرف أنها سمينة أو مهزولة .

م: (**وفي شاة القنية**) ش: وهي الشاة التي تحبس في البيت لأجل النتاج ، وفي «المغرب»: قنوت المال حميته قنواً وقنوة وقنية اتخدته لنفسي قنية أي للنسل لا للتجارة، وقال الجوهرى - رحمه الله - : قنوت الغنم وغيرها قنوة وقنوه وقنيت أيضًا قنية وقنية إذا اقتنيتها لنفسك لا للتجارة م: (**لا بد من رؤية الضرع**) ش: وفي «الذخيرة» لا بد من النظر إلى ضرعها وسائر جسدها .

وفيما يطعم لا بد من الذوق ، لأن ذلك هو المعرف للمقصود .قال: وإن رأى صحن الدار فلا خيار له ، وإن لم يشاهد بيوتها ، وكذلك إذا رأى خارج الدار ، أو رأى أشجار البستان من خارج ، وعند زفر -رحمه الله- لا بد من دخول داخل البيوت ، والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الأبنية ، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ ، فأما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت ، والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل .

م: (**وفيما يطعم لا بد من الذوق ؛ لأن ذلك**) ش: أي الذوق م: (**هو المعرف للمقصود**) ش: وفي بعض النسخ لأن ذلك أي الذوق م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله : م: (**وإن رأى صحن الدار**) ش: قال الجوهري : صحن الدار وسطها م: (**فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها ، وكذلك**) ش: أي لا خيار له م: (**إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج**) ش: لأن كل جزء من أجزائها متعذر الرؤية كما تحت السور وبين الحيطان من الجذوع والأسطوانات ، ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو إلا أن يكون العلو مقصوداً كما في سمرقند .

م: (**وعند زفر - رحمه الله - لا بد من دخول داخل البيوت**) ش: وبه قال ابن أبي ليلى ، وعند الشافعي -رضي الله عنه : لا بد مع ذلك من رؤية السقوف والمطبخ والسطوح والجدران خارجًا وداخلاً ، ورؤية المستحم والبالوعة وبه قال الحسن بن زياد - رحمه الله - وقال في شرح الأقطع : والصحيح ما قاله زفر - رحمه الله .

م: (**والأصح أن جواب الكتاب**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**على وفاق عادتهم**) ش: أي عادة أهل الكوفه وأهل بغداد في زمن أبي حنيفة - رحمه الله - م: (**في الأبنية ، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ ، فأما اليوم**) ش: أي في ديارنا م: (**فلا بد من الدخول**) ش: كما قال زفر - رحمه الله - م: (**في داخل الدار للتفاوت**) ش: لقلة المرافق وكثرتها .

م: (**والنظر إلى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل**) ش: وهو الصحيح اليوم، وفي« المحيط» و«الذخيرة» : بعض مشايخنا قال : في الدار يعتبر ما هو المقصود حتى لو كان في الدار بيتان شتويان وبيتان صيفيان يشترط رؤية صحن الدار ، وفي البستان يسقط الخيار برؤية خارجه أو رؤوس الأشجار في ظاهر الرواية ، وأنكر بعض المشايخ - رحمهم الله- هذه الرواية ، وقال : بأن المقصود من البستان باطنه فلا يبطل برؤية خارجه كذا في شرح المجمع .

وفي «جامع قاضي خان» - رحمه الله - في الكرم لا يكتفي برؤية الخارج ورؤوس الأشجار وفي «المحيط» هذا عندهم ، أما في بلادنا لا بد من رؤية داخل الكرم، وفي عنب الكرم لا بد أن يرى من كل نوع بيتًا ، وفي النخل كذلك .

وفي الرمان من الحلو والحامض ، وعند الشافعي رضي الله عنه في البستان لا بد من رؤية

قال: ونظر الوكيل كنظر المشتري حتى لا يرده إلا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا: هما سواء وله أن يرده . قال : معناه الوكيل بالقبض ؛ فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع . لهما أنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار ،

الأشجار والجدران ومسائل الماء لا رؤية أساس البستان وعروق الأشجار ونحوها ، وفي رؤية ظهر الدار ومجرى الماء الذي يدور به المرحاض طريقان كذا في «شرح الوجيز» إذا اشترى دهنًا في زجاج فنظر إلي الزجاج لا يكفي ذلك حتى يصبه على الكف عند أبي حنيفة - رحمه الله - وبه قال أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، وعن محمد - رحمه الله - أنه يكفي لأن الزجاج لا يخفي صورة الدهن .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» م: (**ونظر الوكيل كنظر المشتري**) ش: صورة التوكيل أن يقول المشتري لغيره كن وكيلي في قبض المبيع أي وكلتك بقبضه م: (**حتى لا يرده إلا من عيب**) ش: إذا ظهر فيه أي من عيب لم يعلمه الوكيل .

فإن كان قد علم يجب أن يبطل خيار المعيب كذا ذكره الفقيه أبو جعفر - رحمه الله - ، والصحيح أن لا يملك الوكيل بالقبض إبطال خيار العيب فيكون معناه علم أو لم يعلم هكذا في «الجامع الصغير» لفخر الإسلام البزدوي - رحمه الله .

م: (**ولا يكون نظر الرسول كنظر المشتري**) ش: صورته أن يقول : كن رسولي بقبضه أو قال : أرسلتك لقبضه أو قال : قل لفلان أن يدفع المبيع إليك ، والفرق بين الوكيل والرسول أن الوكيل لا يضيف العقد إلى موكله بل يعقد بالاستبداد ، والرسول لا يستغني عن الإضافة إلى المرسل وقيل : لا فرق بين الرسول والوكيل في فصل الأمر بأن قال اقبض المبيع ولا يسقط الخيار .

م: (**وهذا**) ش: أي عدم كون نظر الرسول كنظره م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله - وقالا: هما سواء**) ش: أى الوكيل والرسول سواء م: (**وله**) ش: أي وللمشتري م: (**أن يرده**) ش: أي المبيع إذا رآه فإن شاء أخذه وإن شاء تركه م: (**قال**) ش: أي المصنف - رحمه الله : م: (**معناه**) ش: أي معنى قوله في« الجامع الصغير» ونظر الوكيل كنظر المشترى م: (**الوكيل بالقبض**) ش: أي معنى قوله م: (**فأما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالإجماع**) ش: وليس للموكل إذا رأى أن يرده لأن حقوق العقد راجعة إلى الوكيل بالشراء م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - م: (**أنه توكل بالقبض**) ش: أي أن الوكيل بالقبض توكل أي قبل الوكالة للقبض م: (**دون إسقاط الخيار**) ش: فلا يتعدى الحكم من القبض إلى إبطال الخيار .

فلا يملك ما لم يتوكل به ، كخيار العيب والشرط والإسقاط قصداً . وله أن القبض نوعان :تام وهو أن يقبضه وهو يراه، وناقص وهو أن يقبضه مستوراً ، وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة ، ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية ، والموكل يملكه بنوعيه ، فكذا الوكيل . ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل لإطلاق التوكيل ، وإذا قبضه مستوراً انتهى التوكيل بالناقص منه ، فلا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك بخلاف خيار العيب ؛ لأنه لا يمنع تمام الصفقة

م: (**فلا يملك ما لم يتوكل به**) ش: لأن إبطال الخيار ليس من القبض م: (**وصار كخيار العيب**) ش: أي صار هذا كمن اشترى شيئًا ثم وكل بقبضه فقبض الوكيل معيبًا رائيًا عيبه لم يسقط خيار العيب للموكل م: (**والشرط**) ش: أي وصار كخيار الشرط كمن اشترى بخيار الشرط ووكل بقبضه لم يسقط خيار الموكل .

م: (**والإسقاط قصداً**) ش: صورته : أن الوكيل بالقبض إذا قبضه مستوراً ثم رآه وأسقط عنه الخيار قصداً لا يسقط الخيار عن الموكل ، وقوله : قصداً احترازاً عن الإسقاط الضمني فإنه لا يملك بقبض المبيع .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (**أن القبض نوعان : تام وهو أن يقبضه**) ش: أي الوكيل م: (**وهو يراه ، وناقص**) ش: أي وقبض ناقص م: (**وهو أن يقبضه مستوراً**) ش: وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضا .

م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى تنوعه بالنوعين م: (**لأن تمامه**) ش: أي تمام القبض م: (**بتمام الصفقة ، ولا تتم**) ش: أي الصفقة م: (**مع بقاء خيار الرؤية**) ش: لأن تمامها بتناهيها واللزوم بحيث لا يرقد إلا برضا أو قضاء وخيار الرؤية والشرط يمنعان عن ذلك م: (**والموكل يملكه**) ش: أي يملك القبض م: (**بنوعيه**) ش: أي بنوعي القبض م: (**فكذا الوكيل ، ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط الخيار فكذا الوكيل**) ش: أي فكذاوكيله يملكه بنوعيه م: (**لإطلاق التوكيل**) ش: عملاً بإطلاقه .

م: (**وإذا قبضه مستوراً**) ش: جواب عما يقال : لا نسلم ذلك فإن الوكيل إذا قبضه قبضًا ناقصاً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً لم يسقط ، والموكل لو فعل ذلك سقط الخيار فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لامحالة فأجاب بقوله : وإذا قبضه أي الوكيل مستوراً م: (**انتهى التوكيل بالناقص**) ش: أي بالقبض الناقص م: (**منه**) ش: أي من القبض م: (**فلا يملك إسقاطه قصداً بعد ذلك**) ش: لأنه لم يفوض إليه الإبطال قصداً وإنما يثبت له الإبطال مقتضى تتميمهم القبض وهنا لما حصل القبض الناقص ، انتهى الوكيل به فليس له بعد ذلك إبطال الخيار م: (**بخلاف خيار العيب**) ش: جواب عن قولهما : فصار كخيار العيب م: (**لأنه لا يمنع تمام الصفقة**) ش: لأنه لم يشرع تتميمًا للقبض بل لتسليم الجزء الفائت .

فيتم القبض مع بقائه ، وخيار الشرط على الخلاف ، ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فإنه لا يسقط بقبضه ؛ لأن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده ، فكذا لا يملكه وكيله ، وبخلاف الرسول لأنه لا يملك شيئًا وإنما إليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض إذا كان رسولاً في البيع .

قال: وبيع الأعمى وشراؤه جائز ، وله الخيار إذا اشترى لأنه اشترى ؛ ما لم يره ، وقد قررناه من قبل ،

م: (**فيتم القبض مع بقائه**) ش: أي بقاء الخيار م: (**وخيار الشرط على الخلاف**) ش: وهذا جواب عن قولهما : والشرط ، أي : وكخيار الشرط ، بيانه أن خيار الشرط لا يصلح مقيسًا عليه ؛ لأنه على هذا الخلاف ذكر القدوري - رحمه الله- أن من اشترى شيئًا على أنه بالخيار يوكل وكيلاً بقبضه بعد ما رآه فهو على هذا الخلاف .

وقال الأترازي - رحمه الله : قوله : وخيار الشرط على الخلاف ولا نص عن خيار الشرط عن أبي حنيفة - رحمه الله - كذا قالوا في «شرح الجامع الصغير» ، فعلى هذا يمنع ويقال : لا نسلم أن خيار الشرط يصلح أن يكون مقيسًا عليه لأنه ليس فيه نص على الاتفاق فيه ، بل يجوز أن يكون الحكم فيه أيضًا كما في خيار الرؤية .

م: (**ولو سلم**) ش: أي بقاء الخيار م: (**فالموكل لا يملك التام منه**) ش: أي لا يملك القبض التام منه أي من القبض لأن تمامه بتمام الصفقة ولا تتم الصفقة مع بقاء خيار الشرط م: (**فإنه**) ش: أي فإن الخيار م: (**لا يسقط بقبضه لأن الاختيار**) ش: وهو التردد والتفكر م: (**وهو المقصود بالخيار يكون بعده**) ش: أي بعد القبض م: (**فكذا لا يملكه وكيله ، وبخلاف الرسول فإنه لا يملك شيئًا**) ش: من القبض لا التام ولا الناقص م: (**وإنما إليه تبليغ الرسالة**) ش: فيملك أداء الرسالة على أكمل الوجوه .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل كونه مبلغًا للرسالة فقط م: (**لا يملك القبض**) ش: أي قبض الثمن م: (**إذا كان رسولاً في البيع**) ش: ولا قبض البيع إذا كان رسولاً في الشراء وفي بعض النسخ لا يملك التسليم مكان القبض أي تسليم المبيع أو الثمن باعتبار الحالتين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله : م: (**وبيع الأعمى وشراؤه جائز**) ش: وبه قال مالك وأحمد والشافعي -رضي الله عنهم- في قول ، وفي قول لا يجوز وهو اختيار المزني-رحمه الله - ، وهذا الخلاف فيمن هو أعمى وقت العقد ولم يكن بصيراً ، أما إذا كان بصيراً فعمي بعد ذلك لا خلاف في جواز بيعه .

م: (**وله الخيار إذا اشترى ؛ لأنه اشترى ما لم يره ، وقد قررناه من قبل**) ش: أي في أول الباب أن شراء مالم يره جائز وأن له الخيار ، والأعمى كالبصير الذي يشتري مالم يره فيجوز شراؤه

ثم يسقط خيـاره بجسه المبيع إذا كـان يعرف بالجس ، وبشمه إذا كان يـعرف بالشم ، وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق كمـا في البصير ، ولا يسقط خياره في الـعقار حتى يوصف له . لأن الوصف يقام مـقام الرؤية كمـا في السلم ، وعن أبي يوسف -رحمه اللـه- أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه وقـال : قد رضيت يسقط خـياره ؛ لأن التشبيه يقام مقام الحـقيقة في مـوضع العجز ، كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الأخرس في الصلاة ، وإجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعـر له في الحج ، وقال الحسن: -رحمـه الله- يوكل وكيلاً بقبـضه وهو يراه ، وهذا أشبه بقول أبي حنيفة -رحمه الله- لأن رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفًا . قال: ومن رأى أحد الثـوبين فاشـتراهمـا ، ثم رأى الآخر جاز له أن يـردهما ؛ لأن رؤية أحدهمـا لا تكون رؤية الآخر، للتـفاوت في الثيـاب فبقي الخيـار فيمـا لـم يره ، ثم لا يرده وحده بل يردهما كـيلا يكون تفريقًا للصفقة قبل التمام ،

مع ثبوت الخيار له كـالبصير م: (**ثم يسقط خيـاره بجسه المبيع إذا كان يعرف بالجس ، وبشـمه إذا كان يعرف بالشم ، وبذوقه إذا كان يعرف بالذوق كما في البصـير ، ولا يسقط خياره فى العقار حتى يوصف له**) ش: وفي «الجامع العـتابي» : الوصف في العـقار أن يقف في مكان لو كـان بصـيراً لرآه ، ثم يذكر له صفة العقار .

م: (**لأن الوصف يقام مقام الرؤية**) ش: وقيل : يمس الحائط والباب م: (**كما في السلم**) ش: يعني إن الوصف يقوم مقـام المسلـم فيه ، وإن كـان المسلم فيه معـدومًا للعجز ، والعـجز في حق الأعمى ألزم لأن رؤية المسلم فيه ممكنة ، أما رؤية الأعمى غير ممكنة ، فيقوم الوصـف مقام الرؤية في حقه بالطريق الأولى .

م: (**وعن أبي يوسف** - رحمـه الله - **أنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرآه وقـال : قد رضيت يسقط خياره ؛ لأن التـشبيه يقام مقـام الحقيقة في موضع العجـز ، كتحريك الشفتين يقـام مقام القراءة في حق الأخرس في الصـلاة ، وإجراء الموسى مقـام الحلق في حق من لا شعر له في الحج ، وقـال الحسن** - رحمـه الله -) ش: ابن زياد -رحـمـه الله - م: (**يوكل وكيـلاً بقبـضه وهو يراه**) ش: فتصير رؤية الوكيل كرؤيته ، قال المصنف : م: (**وهذا**) ش: أي قول الحسن - رحمه الله- م: (**أشبه بقول أبي حنيفة** - رحمه الله - **لأن رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفًا**) ش: أي في المسألة المتقدمة .

م: (**قـال**) ش: أي القـدوري - رحـمـه الله : م: (**ومن رأى أحـد الثوبين فـاشتراهمـا ثم رأى الآخر جاز له أن يردهما ؛ لأن رؤية أحدهما لا تكون رؤية الآخر للتفاوت في الـثياب ، فبقي الخيار فيما لم يره، ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقًـا للصفقة قبل التمام**) ش: وتفريق الصـفقة منهم بالإجماع .

وهذا لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ، ولهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخًا من الأصل . ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره لأنه لا يجري فيه إلارث عندنا ، وقد ذكرناه في خيار الشرط . ومن رأى شيئًا ثم اشتراه بعد مدة فإن كان على الصفة التى رآها فلا خيار له ؛ لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة ، وبفواته يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلم أنه مرئيه لعدم الرضا به ، وإن وجده متغيراً فله الخيار ، لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه ، فكأنه لم يره ، وإن اختلفا في التغير فالقول قول البائع ؛ لأن التغير حادث ،

م: (**وهذا**) ش: توضيح لما قبله م: (**لأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده**) ش: أي بعد القبض يعني فيما إذا قبضه مستوراً ، قال الكاكي - رحمه الله - : كذا قيل ولا حاجة إلى هذا لأن خيار الرؤية يبقى إلى أن يوجد ما يبطله م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل كون الصفقة غير تامة م: (**يتمكن**) ش: أي المشتري م: (**من الرد بغير قضاء ولا رضا ويكون فسخًا من الأصل**) ش: أي يكون الرد بخيار الرؤية فسخًا من الابتداء ويكون فسخًا من الأصل لعدم تحقق الرضا لعدم العلم بصفات المعقود عليه ، فلا يحتاج إلى القضاء والرضا بخلاف خيار المعيب بعد القبض ، فإنه لا يرد إلا بالرضا والقضاء لتمام البيع ، وعند الشافعي -رضي الله عنه -في خيار البيع بعد القبض كذلك فهو فسخ من الأصل أيضًا .

م: (**ومن مات وله خيار الرؤية بطل خياره ؛ لأنه لا يجري فيه الإرث عندنا**) ش: خلافًا للشافعي - رحمه الله - م: (**وقد ذكرناه في خيار الشرط**) ش: أي قد ذكرنا بطلان خيار الرؤية بالموت في باب خيار الشرط .

م: (**ومن رأى شيئًا ثم اشتراه بعد مدة ، فإن كان على الصفة التي رآها فلا خيار له لأن العلم بأوصافه حاصل له بالرؤية السابقة ، وبفواته**) ش: أي بفوات العلم بأوصافه م: (**يثبت الخيار إلا إذا كان لا يعلم أنه مرئيه**) ش: أي لا يعلم أنه هو الذي رآه ، وكلمة الاستثناء من قوله فلا خيار له م: (**لعدم الرضا به**) ش: أى لا يكون راضيًا به .

وفي «الفتاوى الصغرى» صور لهذا بأنه إذا اشترى ثوبًا ملفوفًا كان رآه من قبل وهو لا يعلم أن المشترى ذلك المرئي ثبت له خيار الرؤية ، وصورته في «الخلاصة » رجل رأى جارية عند رجل فساومه بها ولم يشترها ثم رآها بعد ذلك بمدة تتبعها فاشتراها منه منتقبة ولم يعلم أن هي التي رآها فله الخيار لعدم الرضا .

م: (**وإن وجد متغيراً**) ش: أي وإن وجد ما رآه بعد الشراء متغيراً عما رآه م: (**فله الخيار لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه ، فكأنه لم يره ، وإن اختلفا في التغير**) ش: بأن قال المشتري قد تغير وقال البائع : لم يتغير م: (**فالقول قول البائع لأن التغير حادث**) ش: لأنه إنما يكون معيبًا إذا

وسبب اللزوم ظاهر إلا إذا بعدت المدة على ما قالوا ؛ لأن الظاهر شاهد للمشتري ، بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية ؛ لأنها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله . قال: ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبًا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئًا منها إلا من عيب ، وكذلك خيار الشرط ؛ لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه ، وفي رد ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها ، بخلاف خيار العيب ؛ لأن

تبدل هيئته ، وكل منهما عارض ، والمشتري يدعيه والبائع منكر ومتمسك بالأصل .

م: (**وسبب اللزوم**) ش: أي لزوم العقد وهو الرؤية السابقة أو البيع البات الخالي عن الشروط المفسدة أو رؤية جزء من المعقود عليه م: (**ظاهر**) ش: فالقول قول من يتمسك بالظاهر، وذكر بعض أصحاب الشافعي -رضي الله عنه- أن القول للمشتري م: (**إلا إذا بعدت المدة**) ش: استثناء من قوله : فالقول قول البائع م: (**على ما قالوا**) ش: أي المتأخرون ، فحينئذ يكون القول قول المشتري م: (**لأن الظاهر شاهد للمشتري**) ش: لأن الشيء قد يتغير بطول الزمان، ومن شهد له الظاهر فالقول قوله وإليه مال شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله - وفي «المبسوط» : فإن بعدت المدة بأن رأى جارية شابة ثم اشتراها بعد عشرين سنة وزعم البائع أنها لم تتغير فالقول للمشتري وبه كان يفتي الصدر الشهيد - رحمه الله - والإمام ظهير الدين المرغيناني - رحمه الله- وبه قال الشافعي -رضي الله عنه- م: (**بخلاف ما إذا اختلفا في الرؤية**) ش: متصل بقوله فالقول للبائع ، يعنى إذا اختلف البائع والمشتري في رؤية المشتري فالقول قول المشتري م: (**لأنها**) ش: أي لأن الرؤية م: (**أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول قوله**) ش: مع يمينه .

م: (**قال**) ش: محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**ومن اشترى عدل زطى ولم يره**) ش: العدل بالكسر المثلي ،ومنه عدل المتاع ، والزط خيل من الناس ، وفي المغرب خيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية، وقيل : خيل من الناس بسواد العراق ، وقوله : ومن اشترى عدل زطي ولم يره ، وفي «الكافي» : وقبضه وهو مراد المصنف - رحمه الله - أيضًا ، وقيده بالقبض لأنه لو لم يكن مقبوضًا لا يصح تصرف المشتري فيه ببيع أو هبة م: (**فباع منه ثوبًا أو وهبه وسلمه لم يرد شيئًا منها إلا من عيب**) ش: ذكر الضمير أولاً في قوله منه ، وأنثه ثانيًا بقوله لم يرد شيئًا منها ردًا إلى لفظ العدل ومعناه م: (**وكذلك خيار الشرط**) ش: بأن اشترى عدل زطي بخيار الشرط وقبضه وباع ثوبًا منه أو وهب م: (**لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه ، وفي رد ما بقي تفريق الصفقة**) ش: على البائع م: (**قبل التمام**) ش: وتفريق الصفقة قبل التمام لا يجوز ، كما في ابتداء الصفقة م: (**لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها**) ش: أي تمام الصفقة ؛ لأن تمامها بالرضا ولا رضا مع وجودهما م: (**بخلاف خيار العيب**) ش: هذا جواب عن قوله : إلا من خيار عيب م: (**لأن**

الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض ، وإن كانت لا تتم قبله ، وفيه وضع المسألة ، فلو عاد إليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية ، كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي . وعن أبي يوسف أنه لا يعود بعد سقوطه كخيار الشرط ، وعليه اعتمد القدوري .

الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض) ش: قيد به لأن قبل القبض لو وجد عيبًا في ثوب منها يردها، وأما بعد القبض فلا يرد إلا المعيب خاصة م: (وإن كانت) ش: واصل بما قبله . أي وإن كانت الصفقة م: (لا تتم قبله) ش: أي قبل القبض في خيار العيب م: (وفيه) ش: أي وفي المقبوض م: (وضع المسألة) ش: أي مسألة الزطي معنى قيد القبض فيها شرط كما ذكرنا ؛ لأنه لو كان قبل القبض لما جاز التصرف فيه م: (فلو عاد) ش: أي الثوب م: (إليه) ش: أي إلى المشتري م: (بسبب هو فسخ) ش: كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة م: (فهو) ش: أي المشتري م: (على خيار الرؤية) ش: لارتفاع المانع من الأصل م: (كذا ذكره شمس الأئمة السرخسي) ش: في مبسوطه م: (وعن أبي يوسف) ش: وهو رواية على بن الجعد عنه م: (أنه) ش: أي أن خيار الرؤية م: (لا يعود بعد سقوطه) ش: لأن الساقط لا يعود م: (كخيار الشرط) ش: وفي فتاوى قاضي خان : وهو الصحيح م: (وعليه) ش: أي على ما روي م: (اعتمد القدوري) ش: .

فرع : اشترى شيئًا مغيبًا في الأرض كالجزر والفجل والبصل والثوم وأصول الزعفران وما أشبه ذلك يجوز ، وبه قال مالك وأحمد ، وقال الشافعي -رحمه الله-: لا يجوز وله الخيار إذا رأى جميعه ، ورؤية بعضه لا تبطل الخيار بكل حال عند أبي حنيفة ، وقالا : رؤية بعضها كرؤية كلها فافهم .

❊ ❊ ❊

باب خيار العيب

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة ،فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به ، وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان ؛ لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ،

م: (باب خيار العيب)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام خيار العيب وإضافة الخيار إلي العيب من قبيل إضافة الشيء إلى سببه ، وقال الجوهري - رحمه الله -: العيب والعيبة والعاب في معنى واحد نقول عاب المباع أى صار ذا عيب وعبته أنا يتعدى ولا يتعدى فهو معيب ومعيوب أيضًا على الأصل ويقول: ما به معابة ومعاب أي عيب ، وفي «المبسوط» : العيب ما تخلو عنه أصل الفطرة السليمة .

م: (**وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده ؛ لأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة**) ش: أي سلامة المعقود عليه م: (**فعند فواته**) ش: أي فوات وصف السلامة م: (**يتخير**) ش: أي المشتري م: (**كيلا يتضرر بلزوم مالا يرضى به**) ش: والضرر مدفوع شرعًا .

م: (**وليس له**) ش: أي للمشتري م: (**أن يمسكه**) ش: أي المبيع الذي اطلع فيه على عيب م: (**ويأخذ النقصان**) ش: أي نقصان العيب، وبه قال الشافعي -رضي الله عنه -، وقال أحمد رحمه الله : له أحد الأمرين لأنه حقه ، ونقصان العيب إما الثمن أو الإرث ، وليس له ذلك لأن العائب وصف ، لأن العيب إما أن يكون بما يوجب فوات جزء من المبيع أو تغيره من حيث الظاهر كالعمى والعور والشلل والزمانة والسن الساقطة.

وإما أن يكون بما يوجب النقصان معنى لا صورة كالسعال القديم وارتفاع الحيض في زمانه، والزنا والدفر والبخر في الجارية، وفي ذلك كله فوات وصف فلا يصح أن يأخذ النقصان.

م: (**لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن**) ش: لأن الثمن إما أن يقابل بالوصف ، والأصل أو بالأول دون الثاني أو بالعكس لا سبيل إلى الأول ، والثاني كيلا يؤدي إلى مزاحمة التبع الأصل فتعين الثالث وإنما قال: م: (**في مجرد العقد**) ش: احتراز عما إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول كما إذا ضربت الدابة فاعورت أو صارت معيبًا أو قطع البائع يد المبيع قبل القبض فإنه يسقط نصف الثمن لأنه صار مقصوداً بالتناول ،أو حكمًا بأن يمتنع الرد بحق البائع بالعيب أو بحق الشرع بالجناية فإن لها قسطًا من الثمن حينئذ .

ولأنه لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى فيتضرر به ، ودفع الضررعن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره ، والمراد به عيب كان عند البائع ، ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض ؛ لأن ذلك رضا به .

وعن هذا قلنا : إن من اشترى شاة أو بقرة فحلبها وشرب لبنها ثم علم بعيبها لا يردها بالعيب ولكن يرجع بنقصان العيب عندنا ، وقال الشافعي- رضي الله عنه- : يردها بالعيب بجميع الثمن ، ولكن ذكر في كتبهم أن الشافعي -رضي الله عنه- قال في القديم : يثبت له الرد، وقال في الجديد : لا يثبت له الرد.

م: (**ولأنه**) ش: دليل آخر على عدم جواز إمساكه يأخذ النقصان، أي ولأن البائع م: (**لم يرض بزواله عن ملكه بأقل من المسمى**) ش: في العقد م: (**فيتضرر به**) ش: بزوال ملكه بأقل من المسمى م: (**ودفع الضرر**) ش: جواب عما يقال : إن المشترى أيضًا يتضرر حيث يأخذ المبيع المعيب، فأجاب بقوله : ودفع الضرر م: (**عن المشتري ممكن بالرد**) ش: أي برد المبيع م: (**بدون تضرره**) ش: أي تضرر البائع ، فإن قيل : البائع إذا باع معيبًا فإذا هو سليم البائع يتضرر لما أن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب ، ولا خيار له ، وعلى هذا فالواجب إما شمول الخيار لهما أو عدمه لهما . أجيب : بأن المبيع كان في يد البائع وتصرفه وممارسته طول زمانه، تراجع فأنزل عالمًا بصفة ملكه ، فلا يكون له الخيار وإن ظهر بخلافه .

وأما المشتري فإنه ما رأى المبيع فلو ألزمنا العقد مع العيب تضرر من غير علم حصل له فيثبت له الخيار م: (**والمراد به عيب كان عند البائع**) ش: هذا كلام المصنف - رحمه الله - يوضح به قول القدوري - رحمه الله - وإذا اطلع المشتري على عيب . . . إلى آخر هذا من كلام القدوري - رحمه الله - فقال المصنف - رحمه الله - : والمراد به أي بالعيب الذي ذكره القدوري - رحمه الله - عيب كان عند البائع .

م: (**ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك**) ش: أي رؤية العيب عند إحدى الحالتين م: (**رضا به**) ش: أي بالعيب دلالة ، والأصل في هذا الباب ماقاله البخاري - رحمه الله - ويذكر عن العداء بن خالد - رضي الله عنه- قال : كتب لي النبي ﷺ : هذا ما اشترى محمد رسول الله ﷺ من العداء بن خالد - ورضي الله عنه - بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة . ثم قال في الصحيح : قال قتادة - رضي الله عنه - : الغائلة الزنا والسرقة والإباق والمشتري هو رسول الله ﷺ كما ترى .

روى ابن شاهين في معجمه عن أبيه قال : حدثنا عبد العزيز بن معاوية القرشي قال : حدثنا عباد بن ليث قال حدثنا عبد الحميد بن وهب أبو وهب قال : قال لي العداء بن خالد بن

....

هوذة - رضي الله عنه -: ألا أقرئك كتابًا كتبه لي رسول الله ﷺ: هذا ما اشترى العداء بن خالد ابن هوذة من محمد رسول الله ﷺ عبداً أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم المسلم. والمشتري هو العداء كما ترى وأثبت في الفائق كما في المعجم. وفي «المغرب»: الصحيح أن المشتري كان العداء والبائع هو رسول الله ﷺ، وقال تاج الشريعة - رحمه الله: المشتري رسول الله ﷺ على ماذكره في شروط الخصاف وشروط الطحاوي - رحمه الله - وتابعهما في ذلك الحاكم السمرقندي - رحمه الله.

قلت: رواية ابن شاهين - رحمه الله - تدل على أن المشتري هو العداء.

وكذلك رواه الترمذي -رحمه الله - بلفظ: هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة - رضي الله عنه- من محمد رسول الله ﷺ اشترى منه... الحديث.

وكذلك رواه النسائي وابن ماجة - رحمهم الله - وكلهم اتفقوا على أن البائع هو النبي ﷺ، والمشتري العداء -رضي الله عنه - ووقع عند البخاري بالعكس فقيل: إن الذي وقع عنده مقلوب وقيل: هو صواب وهو من الرواية بالمعنى لأن اشترى وباع بمعنى واحد، ولزم من ذلك تقديم اسم رسول الله ﷺ على اسم العداء: وشرحه ابن المعرافي على ما وقع في الترمذي - رحمه الله - فقال فيه: البداءة باسم المفضول في الشروط إذا كان هو المشتري، والعداء بفتح العين وتشديد الدال المهملتين ممدود وكان إسلامه بعد الفتح وبعد حنين، وبقي إلى زمن يزيد ابن المهلب وكان يسكن البادية، وقد استقصينا الكلام فيه في شرحنا للبخاري، وقال الخطابي: الداء ما يكون بالرقيق من الأدواء التي يرد بها كالجنون والجذام والبرص ونحوها من الآفات، والخبثة ما كان خبيث الأصل مثل أن يسبى من له عهد، ومعنى «الغائلة» ما يغتال حقك من حيلة وما يدلس عليك في المبيع من عيب، وقال الزمخشري- رحمه الله - في الفائق: الغائلة الخصلة التي تغول المال أي تهلكه من إباق أو غيره... انتهى.

وتفسير «الداء» فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله -: المرض في الجوف والكبد والرئة، فإن المرض ما يكون في سائر البدن، والداء ما يكون في الجوف من الكبد والرئة وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال: الداء المرض، والغائلة ما يكون من قبل الأفعال كالإباق والسرقة، والخبثة هو الاستحقاق، وقيل: هي الجنون كذا في «المبسوط»، والخبثة بكسر الخاء المعجمة وسكون الباء الموحدة وفتح الثاء المثلثة.

وقال ابن التين - رحمه الله - أحد شراح البخاري: ضبطناه في أكثر الكتب بضم الخاء وكذلك سمعناه، وضبط في بعضها بالكسر، وقال الخطابي خبثة على وزن خبزة، قيل أراد بها

قال: وكلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب ؛ لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله قال : والإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ ، فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ ،

الحرام كما عبر عن الحلال بالطيب ، وقيل : المراد الأخلاق الخبيثة كالإباق .

ثم وجه الاستدلال بهذا الحديث أن فيه تنصيصًا على أن البيع يقتضي سلامة المبيع من العيب .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : أراد بهذا بيان معرفة العيوب لأنه قال أولاً إذا اطلع المشتري على عيب إلى آخره يحتاج إلى معرفة العيوب فبين المعيب بهذا الكلى وهو قوله م: (**وكلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب**) ش: هذا ضابط كلي يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الإجمال م: (**لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة ، والمرجع في معرفته عرف أهله**) ش: وفي «الذخيرة» : ففي كل شيء يرجع إلى أهل الصفة فيما يعدونه عيبًا فهو عيب ، وإن لم يوجب نقصانًا في العين ولا في منافعها .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**و الإباق والبول في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ**) ش: هذه الأشياء الثلاثة عيب في الصغير الذي لم يبلغ فإن أبق الصغير الذى يعقل من مولاه ما دون السفر من المصر إلى القرية أو بالعكس فهو عيب لأنه يفوت المنافع على المولى ، وإذا بال في الفراش وهو مميز يأكل وحده ويشرب وحده فكذلك عيب ، وإن سرق درهمًا من مولاه أو من غيره فكذلك لإخلاله بالمقصود ؛ لأنه لا يأمنه على ماله ويشق عليه حفظ ماله على الدوام ، ولا فرق بين سرقته من مولاه وغيره إلا في المأكولات للأكل فإن سرقها من مولاه فليس بعيب ، فإذا وجدت هذه الأشياء من الصغير عند البائع والمشتري في صغره فهو عيب يرد به .

م: (**فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده بعد البلوغ**) ش: أي حتى يعاوده عند البائع بعد البلوغ ثم عاوده عند المشتري ، حاصله إذا وجد من الصغير أحد هذه الأشياء في صغره ثم بيع فبلغ في يد المشتري ثم وجد أحد هذه الأشياء في يده لا يعتبر بذلك عيبًا لاختلاف الحالة إلا إذا عاوده بعد البلوغ في يد البائع ثم باعه فوجد ذلك في يد المشتري يكون ذلك عيبًا لاتحاد الحالة . وقد نص في «الكافي » و«المحيط» و«شرح الطحاوي» : على اشتراط المعاودة عند البائع ، وفي «الكفاية » و«شرح قاضي خان» : المعاودة في يد البائع ليست بشرط للرد فإن هذه الأفعال في عادة الصبيان فإن امتنع عنها بالبلوغ لم يكن ما سبق عيبًا ، ولا يرد به ، فإن عاوده تبين أنه كان يفعله طبعًا لاعادة ، وذلك عيب فيرد به .

ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه عين ذلك ، وإن حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره ، وهذا لأن سبب هذه الأشياء يختلف بالصغر والكبر ، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن ، والإباق في الصغر لحب اللعب ، والسرقة لقلة المبالاة ، وهما بعد الكبر لخبث في الباطن ،

وقد أوضح المصنف - رحمه الله - كلام القدوري - رحمه الله - المذكور بقوله م: (**ومعناه**) ش: أي ومعنى ماقاله القدوري - رحمه الله - من قوله فإذا بلغ إلى آخره م: (**إذا ظهرت**) ش: أي الأشياء المذكورة م: (**عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري في صغره فله أن يرده لأنه**) ش: أي لأن الذي حدث من هذه الأشياء م: (**عين ذلك**) ش: أي عين ذلك الذي حدث عند البائع .

م: (**وإن حدثت بعد بلوغه**) ش: يعني عند المشتري م: (**لم يرده لأنه غيره**) ش: أي غير الذي حدث عند البائع م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى إيضاح بيان الفرق بين الحالتين المذكورتين م: (**لأن سبب هذه الأشياء**) ش: أي الإباق والبول في الفراش والسرقة م: (**يختلف بالصغر والكبر، فالبول في الفراش في الصغر لضعف المثانة ، وبعد الكبر لداء في الباطن ، والإباق في الصغر لحب اللعب ، والسرقة لقلة المبالاة وهما**) ش: أي الإباق والسرقة م: (**بعد الكبر لخبث في الباطن**) ش: وفي المبسوط الإباق في الصغر سببه سوء الأدب ، وحب اللعب ، وبعد البلوغ سببه التمرد وقلة المبالاة بالمولى ، والسرقة قبل البلوغ لقلة التأمل في عواقب الأمور وبعد البلوغ سببها التمرد .

ولهذا يجب على البالغ مالا يجب على الصبي ، وفي «الإيضاح» السرقة والبول في الفراش قبل أن يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لأنه لا يعقل ما يفعل وبعد ذلك عيب ما دام صغيراً ، وكذا الإباق .

وفي «الذخيرة» إن كانت السرقة أقل من عشرة دراهم عيب لأن الإنسان لا يأمن السارق على مال نفسه . وفي ذلك العشرة وما دونها سواء ، وقيل : ما دون الدراهم وهو فلس أو فلسان ليس بعيب وإباق ما دون السفر عيب عند المشايخ - رحمهم الله - كإباق مدة السفر ، لكن تكلموا هل يشترط الخروج من المدينة ، فقيل : شرط حتى لو أبق من محلة إلى محلة لا يكون عيبًا ومن القرية إلى المصر إباق . . . وكذا على العكس ، والبول في الفراش إنما يكون عيبًا إذا كان صغيراً ابن خمس سنين .

وقال الشافعي رضي الله عنه : الأظهر في البول اعتبار الاعتبار إذا كان في غير أوانه ، وأما في الصغير فلا وقدره في «التهذيب» بما دون سبع سنين كذا في «شرح الوجيز» ، وهو ظاهر قول مالك - رحمه الله - وأحمد - رحمه الله - وعندنا الكل عيب عند اتحاد الحالتين في المعاودة سواء

والمراد من الصغير من يعقل ، فأما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبًا. قال: والجنون في الصغر عيب أبدًا ومعناه إذا جن في الصغر في يد البائع ، ثم عاوده في يد المشتري فيه أو في الكبر يرده ؛ لأنه عين الأول ؛ إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن ، وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري ؛ لأن الله تعالى قادر على إزالته ، وإن كان قلما ما يزول فلا بد من المعاودة للرد .

كان ذلك قبل البلوغ أو بعده .

م: (**والمراد من الصغير من يعقل**) ش: أي المراد من قول القدوري - رحمه الله - في الصغير عيب الصغير الذي يعقل ، وقال في « التحفة » الصغير : الذي لا يعقل وحده ليس فيه عيب من الأشياء المذكورة ، ويفهم منه الذي يعقل هوالذي يأكل وحده .

م: (**فأما الذى**) ش: أي وأما الصغير الذي م: (**لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبًا**) ش: يعني لا يترتب عليه حكم الآبق لأنه ضال أي تائه م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**والجنون في الصغر عيب أبداً**) ش: كذا قاله محمد - رحمه الله - وقال المصنف رحمه الله : م: (**ومعناه**) ش: أي معنى ما قاله محمد - رحمه الله - م: (**إذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه**) ش: أي في الصغر م: (**أو في الكبر**) ش: أي أو عاوده في الكبر م: (**يرده لأنه عين الأول**) ش: الذي وجد عند البائع .

م: (**إذ السبب في الحالين متحد**) ش: أي في الحال الذي كان عند المشتري وليس مراد محمد- رحمه الله - أن عين الجنون لا تزول بل أراد سببه وهو الفساد المتمكن فيكون عيبًا أبدًا ، ففي أي وقت ظهر فهو بذلك السبب فلم يكن عيبًا حادثًا ، وفي المحيط تكلموا في مقدار الجنون قيل ساعة عيب ، وقيل : أكثر من يوم وليلة ، وقيل : المطبق دون غيره .

وقال الأسبيجابي : في ظاهر الجواب أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري وقيل : تشترط بلا خلاف بين المشايخ في عامة الروايات م: (**وهو فساد الباطن**) ش: في فحل العقل بل معدن العقل ، قيل : القلب وشعاعه إلى الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع من الدماغ ، والذى قاله المحققون - رحمهم الله - العقل جوهر مضيء خلقه الله تعالى في هذه الدماغ وجعل نوره في القلب يدرك به الغائبات بالوسائط والمحسوسات بالمشاهدة . م: (**وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لأن الله تعالى قادر على إزالته**) ش: ولم يكن من ضرورة وجوده يومًا بعاريته أبدًا م: (**وإن كان قلما يزول ، فلا بد من المعاودة للرد**) ش: أي لأجل الرد ، وقد ذكر آنفًا ما قاله المشايخ من الاختلاف فيه ، ومال المصنف - رحمه الله - إلى قول من يشترط المعاودة كما صرح به .

فإن قلت : قال فخر الإسلام - رحمه الله - : قول محمد - رحمه الله - في الأصل الجنون

قال: والبخر والدفر عيب في الجارية ؛ لأن المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به ، وليس بعيب في الغلام ؛ لأن المقصود هو الاستخدام ، ولا يخلان به إلا أن يكون من داء ؛ لأن الداء عيب . قال : والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام ؛ لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ،

عيب إذا جن مرة واحدة فهو عيب لازم أبداً يدل أيضًا على أنه لم يشترط فيه المعاودة في يد المشتري فكيف يقول المصنف - رحمه الله - وليس معناه إلى آخره .

قلت : لا يلزم من عدم ذكره اشتراط المعاودة في هذا الموضع أنه لا يشترطها أصلاً، فإنه قال : وإن طعن المشتري بإباق أو جنون ولا يعلم القاضي ذلك فإنه لا يستحلف البائع حتى يشهد شاهدان أنه قد أبق عند المشتري أو جن عنده وقد اشترط المعاودة في الجنون كما ترى في اشتراطه في الإباق .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - في« مختصره» م: (**والبخر**) ش: بفتحتين رائحة متغيرة من الفم وكل رائحة ساطعة فهو بخر مأخوذ من بخار القدر أو بخار الدخان وهذا البخور الذى يبخر به من ذلك كذا في«الجمهرة» م: (**والدفر**) ش: بالدال المهملة وفتح الفاء نتن ريح الإبط ، وفي «الجمهرة» : الدفر النتن ، يقال رجل أدفر وامرأة دفراء ، ويقال للمرأة يا دافر معدول ، وقد سمعت دفر الشيء ودفره بسكون الفاء وفتحها

وأما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب أو نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر ، وقال الكاكي - رحمه الله - : السماع ها هنا بالدال غير المعجمة ، وفي «شرح الوجيز» المراد من البخر الذي عيب هو الناشيء عن تغير المدة دون ما يكون بفلج في الأسنان ، فإن ذلك يزول بتنظيف م: (**عيب في الجارية لأن المقصود قد يكون الاستفراش ، وهما**) ش: أي البخر والدفر م: (**يخلان به**) ش: أي بالاستفراش م: (**وليس بعيب في الغلام**) ش: أي وليس كل واحد من الدفر والبخر بعيب في الغلام م: (**لأن المقصود هو الاستخدام ولا يخلان به**) ش: أي لا يخل البخر والدفر بالاستخدام . وفي «الغاية» وقيل إذا كان العبد أمرد يكون البخر فيه عيبًا ، والأصح أن الأمرد وغيره سواء ، كذا في «خلاصة الفتاوى» .

م: (**إلا أن يكون**) ش: كل واحد من البخر والدفر م: (**من داء ؛ لأن الداء عيب**) ش: **في** نفسه، وعند الشافعي - رحمه الله - البخر والدفر عيبان في الغلام أيضًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام ، لأنه يخل بالمقصود في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد**) ش: يعني كون الجارية ولد

ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا ، لأن اتباعهن يخل بالخدمة . قال : والكفر عيب فيهما لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته ، ولأنه يمتنع صرفه في بعض الكفارات فتختل الرغبة ،

الزنا يخل بمقصود المولى وهو الاستيلاد فإن ولده يعير بأمه إذا كانت والد الزنا م: (**ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام**) ش:.

م: (**إلا أن يكون الزنا عادة له**) ش: أي للغلام بأن زنى أكثر من مرتين م: (**على ما قالوا**) ش: أي المشايخ م: (**لأن اتباعهن**) ش: من إضافة المصدر إلى المفعول أي لأن اتباع الغلام البنات م: (**يخل بالخدمة**) ش: أي بخدمة مولاه وفيه إضمار قبل الذكر ، ولكن القرينة وهي ذكر الزنا أدل على النساء لأن الزنا لا يكون إلا بهن .

فإن قلت : إذا وجده سارقًا فله الرد لعدم أمانته على ماله ، ففي الزنا لم يكن عيبًا لعدم أمانته على الجواري والخدم .

قلت : إذا كن مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن ، وإذا شغله المولى بالعمل وبما لا يتفرغ لذلك الأمر ، وقال الكرخي - رحمه الله- : الزنا ليس بعيب في الغلام في معنى المال وإن كان عيبًا في معنى الدين .

وقال الفقيه أبو الليث -رحمه الله- في شرح «الجامع الصغير» لو اشترى عبدًا فوجده زانيًا لا يكون عيبًا لأن فيه زيادة قوة وزيادة القوة لا تكون عيبًا ، ألا ترى أنه لو اشترى عبداً فوجده عنينًا فله أن يرده .

وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة - رضي الله عنه- أنه قال : إذا اشترى عبداً على أنه خصي فإذا هو فحل لزمه ذلك ، أما إذا اشتراه على أنه فحل فإذا هو خصي لم يلزمه، وفي «العيون» قال هشام - رحمه الله - : سمعت أبا يوسف - رحمه الله- يقول : لو أن رجلاً اشترى عبداً قد احتلم أو جارية حاضت ولم يختتن العبد ولم تخفض الجارية قال إن كان مولداً فهو عيب وإن كان جلبًا فليس بعيب .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**والكفر عيب فيهما**) ش: أي في الغلام والجارية م: (**لأن طبع المسلم ينفر عن صحبته**) ش: أي عن صحبة الكافر لأن المسلم قلما يرغب في صحبة الكافر وينفر عنه فكان الكفر سببًا لنقصان الثمن لفتور الرغبة وسواء كان الكافر نصرانيًا أو يهوديًا أو مجوسيًا م: (**ولأنه**) ش: دليل آخر ، أي ولأن الكافر م: (**يمتنع صرفه في بعض الكفارات**) ش: مثل كفارة اليمين والظهار عند بعض الناس وفي كفارة القتل يمنع بالإجماع فإذا كان كذلك م: (**فتختل الرغبة**) ش: وهي سبب لنقصان الثمن .

فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلمًا لا يرده لأنه زوال العيب، وعند الشافعي يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم وفوات الشرط بمنزلة العيب . قال: فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب ؛ لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء ،

وقال الشافعي -رضي الله عنه : لو أطلق العقد فبان أنه كافر لا خيار له لأن ظاهر الحال لا يدل على الكفر أو الإسلام كما لو ظن العدل فبان الفسق ، وقال أصحابه : هذا إذا كان كفراً يقر عليه ، فإذا كانت الجارية مرتدة فله الخيار .

وفي «شرح الوجيز» لو وجد الجارية كتابية أو وجد العبد كافراً أى كفر كان فلا رد إن كان قريبًا من بلاد الكفر بحيث لا تقل فيه الرغبات ، وإن كان في بلاد الإسلام حيث فعل الرغبات وتنقص قيمته فله الرد .

م: **(فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلمًا لا يرده لأنه)** ش: أي لأن الإسلام م: **(زوال العيب، وعند الشافعي يرده لأن الكافر يستعمل فيما لا يستعمل فيه المسلم ، وفوات الشرط بمنزلة العيب)** ش: وفي نسخة شيخنا لأنه زوال العيب فصار كما لو اشتراه معيبًا فإذا هو سليم فلا يرده ، وبه قال المزني -رحمه الله- وقال الشافعي -رحمه الله - وأحمد -رحمه الله -يثبت له الخيار لأنه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد أن يستخدمه في المحقرات من الأمور ، ولأن الأولى بالمسلم أن يتبعه الكافر . وكان السلف يستعبدون العلوج .

والجواب أن هذا أمر راجع إلى الديانة ولا عبرة به في المعاملات .

م: **(قال : فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب)** ش: قيد بقوله : بالغة لأن عدم الحيض في الصغيرة ليس بعيب بالإجماع ، ولو كانت كبيرة قد بلغت سن الإياس فهو غير عيب بإجماع الفقهاء - رحمهم الله - أيضًا .

م: **(لأن ارتفاع الدم واستمراره علامة الداء)** ش: قال شيخ الإسلام - رحمه الله : الحيض مركب في بنات آدم فإذا لم تحض في أوانه فالظاهر أنه إنما لا تحيض لداء فيها والداء عيب ، ولو ادعى المشتري الانقطاع في يده لا تسمع منه الخصومة مالم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الحبل ، فإن ادعى لسبب الحبل تراها النساء ، فإن قلن : هي حبلى يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده ، وإن قلن : ليست بحبلى لا يمين على البائع ، وإن ادعى المشتري ارتفاع الحيض بسبب الداء نريها لاثنين من الأطباء المسلمين فإن ثبت العيب يحلف البائع كما تقدم ، وإن لم يثبت لا يحلف .

والمرجع في معرفة الحبل قول النساء وفي معرفة الداء قول الأطباء ، وفي «فتاوى الفضلي» العيب الذي لا يثبت إلا بقول الأطباء ما لم يتفق عدلان منهم لا يثبت العيب في حق سماع

ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها ، عند أبي حنيفة ويعرف ذلك

الخصومة .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي - رحمه الله - في شرح «الجامع الكبير» وإن كان العيب خفيًا لا يطلع عليه إلا الأطباء يثبت بقول واحد عدل منهم لقوله تعالى : **﴿فاسألوا أهل الذكر﴾** (النحل : الآية ٤٣) ، وهم أهل الذكر في هذا الباب ، وكذا إذا كان لايطلع عليه إلا النساء يثبت بقول واحدة منهن موصوفة بالعدالة والثنتان أحوط ، وقال صاحب «التحفة» إذا كان العيب باطنًا لا يعرفه إلا الخواص من الناس كالأطباء والنخاسين فإنه يعرف ذلك ممن له بصارة في ذلك الباب .

فإن اجتمع على ذلك العيب رجلان مسلمان أو قال ذلك رجل مسلم عدل فإنه يقبل قوله ويثبت العيب في حق إثبات الخصومة ، ثم بعد هذا يقول القاضي للبائع : هل حدث عندك هذا العيب فإن قال : نعم قضى عليه بالرد ، وإن لم يكن عليه بينة استحلف البائع فإن حلف لم يرد عليه ، وإن نكل قضي عليه بالرد إلا أن يدعي الرضا أو الإبراء ، وإن كان العيب مما لا يطلع عليه الرجال ويطلع عليه النساء فإنه يرجع إلى قول النساء فترى امرأة مسلمة عدل والثنتان أحوط ، فإذا شهدت على العيب ففي هذه المسألة عن أبي يوسف - رحمه الله -روايتان ، وكذا عن محمد - رحمه الله - روايتان ، في رواية فرق أبو يوسف بينهما إذا كان المبيع في يد البائع أو في يد المشتري .

فقال : إن كان في يد البائع رد المبيع بشهادتها فيثبت العيب لقولها ، والعيب الموجود عند البائع يفسخ به البيع ، وإن كان بعد القبض أقبل قولها في إثبات الخصومة ، ولا أقبل في حق الرد على البائع ، لأن المبيع دخل في ضمان المشتري فلا أنقل الضمان إلى البائع بقول النساء ، ولكن أثبت حق الخصومة ليثبت الاستحلاف ،

وفي رواية قال : إن كان العيب مما لا يحدثه مثله يفسخ بقولها لأن العيب قد يثبت بشهادتهن ، وقد علمنا كون العيب عند البائع يتعين فيثبت حق الفسخ ، وإن كان عيبًا يحدث مثله لم يثبت حق الفسخ بقولهن ، وأما عن محمد - رحمه الله -في رواية قال : لا يفسخ بقولهن وفي رواية يفسخ قبل القبض وبعده بقولهن ، لأن قولها فيما لا يطلع عليه الرجال كالبينة .

م: (**ويعتبر في الارتفاع**) ش: أي ارتفاع الحيض م: (**أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها**) ش: أي في الجارية م: (**عند أبي حنيفة**) ش: وعندهما خمس عشرة سنة م: (**ويعرف ذلك**)

بنول الأمة ، فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده ، هو الصحيح .

ش: أي ارتفاع الحيض م: (**بقول الأمة**) ش: قال الإمام العتابي - رحمه الله - : وإنما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الأمة لأنه لا يقف على ذلك غيرها ويحلف المولى مع ذلك لأنه ما سلمها بحكم المبيع وما بها هذا العيب .

وإن نكل يرد من كونه ، هذا إذا كان بعد القبض ، وإن كان قبل القبض يحلفه بالله ما بها هذا العيب الذي يدعيه المشتري في الحال وهذا على قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله - : في مسألة البكارة إذا اشترى جارية على أنها بكر فقال المشتري ليست ببكر وقال البائع : هي بكر في الحال ، فإن القاضي يري النساء فإن قلن : هي بكر لزم المشتري من غير يمين البائع لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهو أن الأصل هو البكارة ، وإن قلن هي ثيب لم يثبت حق الفسخ للمشتري بشهادتهن لأن شهادتهن ضعيفة وحق الفسخ حق قوي وبشهادتهن يثبت للمشتري حق الخصومة في توجيه النهي على البائع فيحلف البائع بالله لقد سلمها بحكم المبيع وهي بكر إن كان بعد القبض .

وإن كان قبل القبض يحلف بالله أنها بكر . روي عن محمد - رحمه الله - أنها ترد على البائع بشهادتهن من غير يمين البائع .

م: (**فترد**) ش: أي الأمة م: (**إذا انضم إليه**) ش: أي إلى قولها م: (**نكول البائع**) ش: أي امتناع البائع عن اليمين مع قولها بأنها لا تحيض أو هي مستحاضة م: (**قبل القبض وبعده ، هو الصحيح**) ش: قيد بقوله -الصحيح- احترازًا عن قول أبي يوسف - رحمه الله -فإن عنده يرد بقول الأمة قبل القبض وبشهادة القائلة ، وعما روي عن محمد - رحمه الله -أنه قال : إن كانت الخصومة قبل القبض يفسخ العقد بقول النساء . اعلم أن المشتري إذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع فإن ادعاه في مدة قصيرة لا تسمع دعواه وإن ادعاه في مدة مديدة يسمع دعواه .

والمديدة مقدرة بثلاثة أشهر عند أبي يوسف - رحمه الله -وعند محمد - رحمه الله - بأربعة أشهر ، وعند أبي حنيفة وزفر بسنتين ، فإذا عرفت المدة فما دونها قصيرة ثم بعد ذلك إن كان القاضي مجتهداً يقضي بما أدى إليه اجتهاده ، إن لم يكن مجتهداً يأخذ بما اتفق عليه أصحابنا وهو سنتان ، وفي «الفوائد الظهيرية» : لو شهد للمشتري شهود لا يقبل شهادتهم على الانقطاع بخلاف الاستحاضة حيث يقبل عليها لأنها مما يمكن الاطلاع عليها وانقطاع الدم على وجه يعد عيبًا لا يمكن الاطلاع عليه .

ولو أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف عند أبي حنيفة - رحمه الله-أم لا ؟ وعندهما يستحلف .

قال: وإذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع ؛ لأن في الرد إضراراً بالبائع ؛ لأنه خرج عن ملكه سالمًا ويعود معيبًا فامتنع ، ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر . قال :ومن اشترى ثوبًا فقطعه فوجد به عيبًا رجع بالعيب ؛ لأنه امتنع الرد بالقطع فإنه عيب حادث

م: (قال) ش: أي القدوري : (**وإذا حدث عند المشتري عيب**) ش: سواء كان بآفة سماوية أو غيرها م: (**واطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان**) ش: أي بنقصان العيب بأن يقوم المبيع سليمًا عن العيب القديم ومعيباته ، فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو غير ذلك يرجع به على البائع م: (**ولا يرد المبيع لأن في الرد إضراراً بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالمًا ويعود معيبًا فامتنع**) ش: أي الرد م: (**ولابد من دفع الضرر عنه**) ش: أي عن المشتري م: (**فتعين الرجوع بالنقصان**) ش: لأن المشتري لم يرض بالمعقود عليه إلا سليمًا ، فلو لم يكن له حق الرجوع لتضرر حقه بإيجاب نقصان العيب ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد -رضي الله عنهما -في رواية، وقال مالك وأحمد - رحمهما الله -في رواية وابن أبي ليلى :رد البيع ورد معه نقصان العيب الحادث .

فإن قيل : أين قولكم الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن ؟

أجيب : بأنها إذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة أو حكما كان لها حصة من الثمن وها هنا كذلك م: (**إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر**) ش: والرضا إسقاط لحقه بخلاف ما إذا كان المبيع عصيراً فتخمر في يدي المشتري ثم اطلع على عيب في العصير فلا يرد للبائع حيث لا يكون للبائع أخذ الخمر ويرد الثمن وإن وجد منه الرضا بالاختلاف يمنع لأن الامتناع ثمة حق الشرع لما فيه من تمليك الخمر وتملكها فلا يرتفع بتراضي المتعاقدين كما لو تراضيا على الخمر ولكن يأخذ المشتري نقصان العصير ما يقوم الشراء بلا عيب ويقوم مع العيب وينظر إلى التفاوت ،فإن كان التفاوت مقدار عشر القيمة يرجع بعشر الثمن ، وإن كان أقل أو أكثر فيقدره .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله -في «الجامع الصغير» : م: (**ومن اشترى ثوبًا فقطعه فوجد به عيبًا رجع بالعيب**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله -في رواية خلافًا لمالك وأحمد - رحمهما الله -في رواية وابن أبي ليلى - رحمه الله -فإن عندهم يرد المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الثياب م: (**امتنع الرد بالقطع فإنه**) ش: أي فإن القطع م: (**عيب حادث**) ش: لا يقال : البائع يتضرر برده معيبًا والمشتري لعدم رده فكان الواجب ترجيح جانب المشتري

فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك ؛ لأن الامتناع لحقه وقد رضي به ، فإن باعه المشتري لم يرجع بشيء لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسًا للمبيع فلا يرجع بالنقصان، فإن قطع الثوب وخاطه أو صبغه أحمر ، أو لتّ السويق بسمن ، ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه ؛ لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل بدونها ؛ لأنها لا تنفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة ،فامتنع أصلاً .

في دفع ضرره لأن البائع غره بتدليس العيب لأ نا نقول : المعصية لا تمنع عصمة المال كالغاصب إذا صنع الثوب فكان في شرع الرجوع بالعيب نظر إليهما .

وفي إلزام الرد بالعيب الحادث إضرار للبائع لا لفعل باشره ، وفي عدم الرد ، وإن كان إضرار للمشتري ، لكن لعجزه لما باشره فاعتبر ما هو الأنظر لهما .

م: (**فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان له ذلك لأن الامتناع**) ش: أي امتناع الرد كان م: (**لحقه**) ش: أي لحق البائع م: (**وقد رضي به**) ش: أي بالثوب المعيب فكان إسقاطًا لحقه ، فإن قيل ما الفرق بين هذه المسألة وبين ما إذا اشترى بعيراً فنحره ، فلما شق بطنه وجد أمعاءه فاسدة فإنه لا يرجع فيه بنقصان العيب عند أبي حنيفة رضي الله عنه ؟

أجيب بأن النحر إفساد للمالية لصيرورة البعير به عرضة للنتن والفساد ، ولهذا لا يقطع يد السارق بسرقته فيختل معنى قيام البيع .

م: (**فإن باعه المشتري**) ش: يعني بعد القطع م: (**لم يرجع بشيء**) ش: علم به أو لا وبه قال الشافعي- رضي الله عنه- في الأصح م: (**لأن الرد غير ممتنع برضا البائع**) ش: لأنه جاز أن يقول البائع : كنت أقبله كذلك فلم يكن الرد ممتنعًا برضا البائع م: (**فيصير هو**) ش: أي المشتري م: (**بالبيع حابسًا للمبيع فلا يرجع بالنقصان**) ش: إذ ذاك لإمكان رد البيع وأخذ الثمن لولا البيع م: (**فإن قطع الثوب**) ش: الذي اشتراه م: (**وخاطه أو صبغه أحمر**) ش: قيد بالأحمر لتكون الزيادة في المبيع بالاتفاق ، لأن السواد ، نقصان عند أبي حنيفة - رحمه الله -وعندهما زيادة كالحمرة م: (**أو لتّ السويق بسمن ، ثم اطلع على عيب ، رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل**) ش: أي الثوب أو السويق م: (**بدونها**) ش: أي بدون الزيادة م: (**لأنها لا تنفك عنه**) ش: أي لأن الزيادة لا تنفك عن الأصل .

م: (**ولا وجه إليه**) ش: أي إلى الفسخ م: (**معها**) ش: أي مع الزيادة م: (**لأن الزيادة ليست بمبيعة فامتنع أصلاً**) ش: أي فامتنع الرد بالكلية ، وفي «الفوائد الظهيرية» و«المبسوط» الأصل في جنس هذه المسائل أن في كل موضع يكون البيع قائمًا على ملك المشتري فعليه الرد برضا البائع فإذا أخرجه عن ملكه لا يرجع بالنقصان وفي كل موضع يكون المبيع قائمًا ولا يمكنه الرد وإن رضي به لبائع فإذا أخرجه عن ملكه يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالزيادة .

وليس للبائع أن يأخذه لأن الامتناع لحق الشرع لا لحقه ، فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لأن الرد ممتنع أصلاً قبله ، فلا يكون بالبيع حابسًا للمبيع ، وعن هذا قلنا : إن من اشترى ثوبًا فقطعه لباسًا لولده الصغير وخاطه ، ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ، ولو كان الولد كبيراً يرجع لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة ،

فإن قيل : يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة في البيع كالسمن والجمال فإنها لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ، قلنا : ثم فسخ العقد في الزيادة متمكن لأن الزيادة تبع محض باعتبار التولد والتفرع منه والاتصال به .

وحاصله أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة ، والمتصلة نوعان متولدة منه كما ذكرنا وهي لا تمنع الرد ، وبه قال الشافعي -رضي الله عنه- ومالك - رحمه الله-وأحمد - رحمه الله - ، ومتصلة غير متولدة منه كالصنع والخياطة واللت والغرس والبناء وهي تمنع الرد بالاتفاق ، وعند الشافعي وأحمد -رضي الله عنهما- لا تمنع كالسمن والجمال.

والمنفصلة نوعان متولدة منه كاللبن والتمر والأرش والولد والعقر وهي تمنع الرد لتعذر الفسخ عليها لأن العقد لم يرد عليهاولا وجه للفسخ عليها لانقطاع التبعية بالانفصال ويكون هو بالخيار إن شاء ردهما جميعًا وإن شاء رضي بهما بجميع الثمن قبل القبض وبعده ، ورد المبيع خاصة بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمته يوم العقد وعلى قيمة الزيادة وقت القبض وغير متولدة منه كالكسب وهي لا تمنع الرد بل يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة وتسليم الزيادة للمشتري مجانًا ، وبه قال الشافعي وأحمد -رضي الله عنهما- وكذا قالا في المتولدة المنفصلة لإمكان الفسخ على الأصل بدونها والزيادة للمشتري . وقال مالك -رضي الله تعالي عنه : إن كانت الزيادة ولدًا رده مع الأصل ، وإن كانت ثمرة أمسكها ورد الأصل ، ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية يثبت له الرد كأنها لم تكن، وبه قال الشافعي رضي الله عنه قبل الحكم بالأرش.

م: (**وليس للبائع أن يأخذه**) ش: أي المبيع مع الزيادة م: (**لأن الامتناع لحق الشرع**) ش: أي امتناع الرد لحق الشرع بشبهة الربا م: (**لا لحقه**) ش: أي لا لحق البائع م: (**فإن باعه المشتري**) ش: أي الثوب المصبوغ أو المخيط م: (**بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان ؛ لأن الرد ممتنع أصلاً قبله**) ش: أي قبل بيع المشتري للزيادة الحادثة فيه بفعل المشتري .

م: (**فلا يكون**) ش: أي المشتري م: (**بالبيع حابسًا للمبيع**) ش: فيرجع بالنقصان م: (**وعن هذا قلنا**) ش: أي عن الوجه الذي قلنا وفي بعض النسخ وعلى هذا قلنا ، وهو أن المشتري إذا كان حابسًا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب م: (**إن من اشترى ثوبًا فقطعه لباسًا لولده الصغير وخاطه ، ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ، ولو كان الولد كبيراً يرجع**) ش: بالنقصان م: (**لأن التمليك حصل في الأول قبل الخياطة**) ش: لأنه بالقطع للصغير صار واهبًا للثوب له مسلمًا إليه ، وصار الأب

وفي الثاني بعدها بالتسليم إليه . قال: ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه ، أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله ، وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع ؛ لأن الامتناع بفعله فصار كالقتل . وفي الاستحسان يرجع ؛ لأن العتق إنهاء الملك لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك ، وإنما يثبت الملك فيه مؤقتًا إلى الإعتاق

قابضًا عنه ، وحق الرد الذي هو الحق الأصلي صار باطلاً بالقطع فبطل البدل وهو الرجوع بالنقصان لأنه صار حابسًا للمبيع .

م: (**وفي الثاني**) ش: وهوصورة كون الولد كبيراً م: (**بعدها**) ش: أي بعد الخياطة م: (**بالتسليم إليه**) ش: أي إلى ولده الكبير فيكون له الرجوع بالنقصان لأنه بمجرد القطع لا يكون مسلمًا إليه لأن الأب لا يصير قابضًا عن ولده الكبير فلما خاطه خاطه على ملك نفسه فامتنع الرد بالخياطة رد الشرع لا بالهبة والتسليم فصار وجوه الهبة والتسليم وعدمها سواء فيرجع بالنقصان لأنه لم يكن حابسًا للمبيع .

قال شيخي - رحمه الله - : ذكر الخياطة وعدم ذكرها في هذا الموضع سواء لأن حق الرد المتبع بوجود القطع قبل الخياطة .

م: (**قال : ومن اشترى عبداً فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه**) ش: هذه مسألة القدوري - رحمه الله - و«الجامع الصغير» أيضًا م: (**أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع حكمي**) ش: أي امتناع الرد يثبت حكمًا للموت م: (**لا بفعله**) ش: أي لا بفعل المشتري كالبيع والقتل م: (**وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع بفعله**) ش: أي امتناع الرد بفعل المشتري م: (**فصار كالقتل**) ش: فإن المشتري إذا قتل العبد الذي اشتراه ثم اطلع فيه على عيب فإنه لا يرجع ، وبالقياس قال زفر - رحمه الله - .

وفي « لكافي» وهو قول الشافعي -رضي الله عنه- ، ولكن ذكر في كتبهم أنه يرجع وبه قال أحمد - رحمه الله -كما قلنا في الاستحسان ، فإن قيل يشكل على هذا إذا صبغه أحمر حيث يرجع بالنقصان ، ولا شك أن الصبغ بفعله : أجيب : نعم ذلك بفعله لكن امتناع الرد بسبب وجود الزيادة في البيع بسبب ذلك الفعل فكان الامتناع لحق الشرع ، وقال الأكمل - رحمه الله - ورد بأنه حينئذ يجب أن يقول الامتناع حكمي لا بفعله الذي يوجب الزيادة ، والحق أن يقال في الجواب عدم الرد في الصنع بما حصل من فعله من وجود الزيادة لا بفعله .

م: (**وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء الملك**) ش: أي إتمامه م: (**لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك ، وإنما يثبت الملك منه مؤقتًا إلى الإعتاق**) ش: أي إلى وقت الإعتاق ، والمؤقت

فكان إنهاء فصار كالموت ، وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر ، والتدبير والاستيلاد بمنزلته ؛ لأن تعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمي .وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء ؛ لأنه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل ، وعن أبي حنيفة - رضي الله عنه- أنه يرجع لأنه إنهاء للملك ، وإن كان بعوض .

إلى وقت ينتهي بانتائهه م: (**فكان**) ش: أي الإعتاق م: (**إنهاء فصار**) ش: أي انتهاؤه م: (**كالموت**) ش: أي كانتهائه بالموت .

م: (**وهذا**) ش: أي جواز الرجوع بنقصان العيب عند الانتهاء م: (**لأن الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر**) ش: فصار حابسًا م: (**والتدبير والاستيلاد بمنزلته**) ش: أي بمنزلة الإعتاق م: (**لأن**) ش: أي لأن الشأن م: (**تعذر النقل**) ش: أي إلى ملك البائع م: (**مع بقاء المحل**) ش: احتراز عن الموت والإعتاق م: (**بالأمرالحكمي**) ش: يعني لا بفعل المشتري .

وقال الكاكي - رحمه الله -قوله بالأمر الحكمي احتراز عن القتل ، فإن قيل كيف يكون التدبير والاستيلاد كالإعتاق وهو منه دونهما ؟

أجيب : أن الإنهاء يحتاج إليه لتقرير الملك يجعل مالم يكن كائنًا وها هنا الملك متقرر فلا حاجة إليه .

م: (**وإن أعتقه على مال**) ش: أي فإن أعتق العبد الذي اشتراه على مال ثم وجد به عيبًا م: (**لم يرجع بشيء لأنه**) ش: أي المشتري م: (**حبس بدله**) ش: أي بدل المبيع وأزال ملكه عنه بعوض م: (**وحبس البدل كحبس المبدل**) ش: فصار كالمبيع .وفي المبيع لا يرجع فكذا ها هنا م: (**وعن أبي حنيفة -رضي الله عنه- أنه يرجع**) ش: وهو قول أبي يوسف والشافعي وأحمد رضي الله عنهم .

وفي «شرح الأترازي» بخطه ، ونقل الفقيه أبو الليث - رحمه الله -في شرحه «للجامع الصغير» عن الأمالي قال : إذا اشترى عبداً فأعتقه على مال أو كاتبه أو قتله ثم وجد به عيبًا لا يرجع بشيء في قول أبي حنيفة - رحمه الله -، وفي قول أبي يوسف - رحمه الله -يرجع بنقصان العيب وهذا موضع تأمل .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإعتاق م: (**إنهاء للملك ، وإن كان بعوض**) ش: يعين منه للملك سواء كان بعوض أو غير عوض .ولهذا ثبتت الولاية في الوجهين . ولو أبق ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان عند أبي حنيفة - رحمه الله - مادام حيا وبه قال الشافعي -رضي الله عنه - وعن أبي يوسف - رحمه الله -يرجع .

قال: فإن قتل المشتري العبد، أو كان طعامًا فأكله لم يرجع بشيء، عند أبي حنيفة. أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يرجع؛ لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي، فصار كالموت حتف أنفه، فيكون إنهاء. ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونًا، وإنما يسقط الضمان ها هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضًا، بخلاف الإعتاق؛ لأنه لا يوجب الضمان لا محالة، كإعتاق المعسر عبدًا مشتركًا، وأما الأكل فعلى الخلاف، عندهما يرجع، وعنده لا يرجع استحسانًا ، وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب حتى تخرق لهما

وبه قال الشافعي -رضي الله عنه- في وجه لتحقق العجز في الحال.

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**فإن قتل المشتري العبد أو كان**) ش: أي الذي اشتراه كان م: (**طعامًا فأكله لم يرجع بشيء عند أبي حنيفة، أما القتل فالمذكور**) ش: أي في القدوري - رحمه الله - م: (**ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف - رحمه الله -أنه يرجع**) ش: ورأي محمد - رحمه الله -معه في رواية التتابع ، وبه قال الشافعي وأحمد - رحمه الله -م: (**لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به**) ش: أي لا يتعلق بقتل م: (**حكم دنياوي**) ش: من القصاص والدية م: (**فصار كالموت حتف أنفه فيكون إنهاء**) ش: للملك لأن المقتول ميت بأجله كذا في «المبسوط».

م: (**ووجه الظاهر**) ش: أي وجه ظاهر الرواية م: (**أن القتل لا يوجد إلا مضمونًا**) ش: لقوله عليه الصلاة والسلام «**ليس في الإسلام دم مفرح**» أي مبطل وهو بالحاء المهملة ، وقال ابن الأثير: ويروى بالجيم ، ولهذا لو باشره في ملك غيره كان مضمونًا .

م: (**وإنما يسقط الضمان هاهنا**) ش: أي قتل المولى عبده م: (**باعتبار الملك فيصير**) ش: أي المولى م: (**كالمستفيد به**) ش: أي ملك العبد م: (**عوضًا**) ش: وهو سلامة نفسه على اعتبار العمد ، وسلامة الدية على اعتبار الخطأ فصار كأنه أخذ عوضًا بإزالة ملكه بالقتل كما لو باع وأخذ الثمن م: (**بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة كإعتاق المعسر عبداً مشتركًا**) ش: لا ضمان عليه، فعلم أن الإعتاق لا يقتضي الضمان.

م: (**وأما الأكل فعلى الخلاف ، عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد- رحمهما الله- م: (**يرجع**) ش: بنقصان العيب م: (**وعنده**) ش: أي عند أبي حنيفة -رضي الله عنه- م: (**لا يرجع استحسانًا**) ش: أي من حيث الاستحسان م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: المذكور م: (**إذا لبس الثوب**) ش: الذي اشتراه م: (**حتى تخرق**) ش: وتمزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند أبي حنيفة ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافًا لأبي يوسف ومحمد والشافعي -رضي الله عنهم- .

وفي «الخلاصة »و«الفتوى» على قولهما وأجمعوا أنه لو أتلف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق الرجوع كذا في «شرح الطحاوى» م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد-

أنه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الإعتاق ، وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ، ولا معتبر بكونه مقصوداً ، ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء ثم هو يمنع الرجوع ، فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب ، فكذا الجواب عند أبي حنيفة -رحمه الله- ؛ لأن الطعام كشيء واحد ، فصار كبيع البعض ، وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل ، وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض . ومن اشترى بيضًا أو بطيخًا أو قثاء أو خيارًا أو جوزًا فكسره فوجده فاسدًا ، فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله ؛

رحمهما الله - م: (**أنه**) ش: أي أن المشتري م: (**صنع في المبيع ما يقصد بشرائه**) ش: وهو الأكل والشرب .

م: (**ويعتاد فعله فيه**) ش: أي في المبيع ، فلا يمنع من الرجوع بنقصان العيب م: (**فأشبه الإعتاق**) ش: من حيث إنه إنهاء للملك بخلاف الإحراق والاستهلاك .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فأشبه البيع والقتل**) ش: أي بيع الشيء الذي اشتراه ، وقتل العبد الذي اشتراه م: (**ولا معتبر بكونه مقصوداً**) ش: أي بكون الأكل أو اللبس ، وهذا جواب عن قولهما إنه صنع في البيع ما يقصد بشرائه تقريره أنه لا يعتبر بكون الأكل أو اللبس مقصوداً م: (**ألا ترى أن البيع مما يقصد بالشراء**) ش: لأنه تصرف مشروع قد يقصد بالشراء م: (**ثم هو يمنع الرجوع**) ش: أي بالنقصان .

م: (**فإن أكل بعض الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: يعني لا يرد ما بقي ، ولا يرجع بالنقصان م: (**لأن الطعام كشيء واحد**) ش: ولهذا رؤية بعضه كرؤية كله م: (**فصار كبيع البعض**) ش: دون البعض م: (**وعندهما أنه يرجع بنقصان العيب في الكل**) ش: أي فيما أكل وفيما لم يأكل فأكل الكل لا يمنع الرجوع بالعيب عندهما فأكل البعض أولى .

م: (**وعنهما**) ش: أي وعن أبي يوسف محمد - رحمهما الله - م: (**أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض**) ش: فهو قادر على الرد في البعض كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما أكله ، وفي «المجتبى» : أكل بعضه يرجع بنقصان عيبه ويرد ما بقي ، وبه يفتى .

ولو أطعم ابنه الصغير أو الكبير أو امرأته أو مكاتبه أو عتيقه لا يرجع بشيء ، ولو أطعمه عبده أو مدبره أو أم ولده يرجع لأن ملكه باق اشترى دقيقًا وخبز بعضه وظهر أنه من رد ما بقي ورجع بنقصان ما خبز وهو المختار . ولو كان سمنًا ذائبًا فأكله ثم أقر البائع أنه كان وقعت فيه فأرة رجع بالنقصان عندهما وبه يفتى .

م: (**ومن اشترى بيضًا أو بطيخًا أو قثاء أو خيارًا أو جوزاً فكسره فوجده فاسداً فإن لم ينتفع به**) ش: أي بالمبيع كالقرع إذا وجده مراً أو البيضة إذا وجدها مذرة م: (**رجع بالثمن كله**) ش: كذا في

لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً ، ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لأن ماليته باعتبار اللب . وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده ؛ لأن الكسر عيب حادث ، ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعًا للضرر بقدر الإمكان ، وقال الشافعي : يرده لأن الكسر بتسليطه . قلنا : التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه ،

«جامع قاضي خان» أيضًا .

وفي «المبسوط» : وكذلك الفاكهة إذا وجدها فاسدة بعد الكسر فإن كان لا يساوي شيئًا يرجع بكل الثمن لأنه تبين بطلان المبيع م: (**لأنه ليس بمال فكان البيع باطلاً**) ش: لعدم المالية ، إذ المال ما ينتفع به في الحال أو في ثاني الحال فإذا كان لا ينتفع به أصلاً لا يكون محلاً للبيع فبطل البيع وبه قال الشافعي -رضي الله عنه- واختاره المزني - رحمه الله -وهذا إذا كسره ولم يعلم بالعيب ، أما لو كسره وهو عالم بالعيب صار راضيًا به فبطل حقه من كل وجه .

م: (**ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل**) ش: أشار به إلى الجواب عما قال بعض المشايخ - رحمهم الله - إذا كان لقشر الجوز قيمة بأن كان في موضع معتبراً الحطب فيه يرجع بحصة اللب ويصح العقد في قشره بحصة من الثمن .

لأن العقد في القشر صادف محله وقال : يرده أولاً بقوله ولا يعتبر إلى آخره ثم علله بقوله : م: (**لأن ماليته**) ش: أي لأن مالية الجوز قبل الكسر م: (**باعتبار اللب**) ش: دون القشر .

م: (**وإن كان ينتفع به مع فساده لم يرده ، لأن الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعًا للضرر بقدر الإمكان**) ش: من الجانبين م: (**وقال الشافعي يرده**) ش: أي إذا كسر مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب ، وفي كتبهم فيه قولان في قول لا يرده وهو اختيار المزني - رحمه الله - وقول أبي حنيفة - رحمه الله - وفي قول الرد ، وقال مالك - رحمه الله- وأحمد - رحمه الله -ليس له الرد ولا الأرش ، لأنه ليس من البائع تلبيس فإنه لا يعلم باطنه .

قلنا : إن المشتري إنما بذل الثمن في مقابلة التسليم فلا يمكن أن يلزم جميع الثمن في مقابلة العيب ، لأنه إضرار به ،و لو كان كسر زيادة على مقدار ما لا بد منه ، للشافعي طريقان : أظهرهما أنه لا يجوز له الرد قولاً واحداً وهو قولنا لأن الكسر عيب .

والثاني أنه على القولين ، وعلى قول من يقول له الرد : هل يغرم أرش الكسر ؟ فيه قولان أحدهما يغرم ، والثاني لا يغرم ؛ لأنه معذور إذ البائع سلطه عليه . . كذا في «شرح الوجيز» م: (**لأن الكسر بتسليطه**) ش: أي بتسليط البائع فصار كأنه فعله ورضي به .

م: (**قلنا : التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه**) ش: أي في ملك البائع لأنه بالبيع

فصار كما إذا كان ثوبًا فقطعه ، ولو وجد البعض فاسدًا وهو قليل جاز البيع استحسانًا لأنه لا يخلو عن قليل فاسد ، والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة ، وإن كان الفاسد كثيراً لا يجوز ويرجع بكل الثمن ؛ لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع بين الحر وعبده . قال :ومن باع عبدًا فباعه المشتري ثم رد عليه بعيب ، فإن قبل بقضاء القاضي بإقرار ، أو بينة ، أو بإباء يمين

لم يبق ملكه فلم يكن التسليط إلا في ملك المشتري وذلك هدر لعدم ولايته عليه م: (**فصار كما إذا كان**) ش: المبيع م: (**ثوبًا فقطعه**) ش: ثم وجده معيبًا فإنه يرجع بالنقصان بالإجماع ، وإن حصل التسليط منه لكونه هدراً ، هذا إذا وجد الكل فاسداً م: (**ولو وجد البعض فاسداً**) ش: والبعض صحيحًا م: (**وهو قليل**) ش: أي الفاسد **قليل** م: (**جاز البيع استحسانًا لأنه**) ش: أي أن الكثير من الجوز م: (**لا يخلو عن قليل فاسد**) ش: فهو كالتراب في الحنطة ، فلو فسد البيع باعتبار فات بيعه عادة ، وفي القياس يجوز لأنه كالخمر والميته بضم إلى المال .

ثم بين القليل من الكثير بقوله : م: (**والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة ، كالواحد والإثنين في المائة**) ش: وجعل الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير» : في الجوز الخمسة أو الستة أو نحو ذلك في المائة تعفواً ، وفي « الذخيرة » : اشترى مائة بيضة فوجد فيها واحداً أو اثنين أو ثلاثة مذرة لا يرجع بشئ وجعل الثلاثة في المائة قليلاً ، ولو اشترى عشرة جوزاً فوجد فيها خمسة خاوية اختلف المشايخ فيه .

قيل : يجوز العقد في الخمسةالتي فيها لب بنصف الثمن بالإجماع ، وقيل : يفسد في الكل بالإجماع ، لأن الثمن لم يفصل ، وقيل : العقد فاسد في الكل عند أبي حنيفة -رضي الله عنه- لأنه يصير كالجمع بين الحي والميت في البيع وعندهما يصح في الخمسة التي فيها لب بنصف الثمن وهو الأصح ، لأن هذا بمعنى الثمن المفصل عندهما ، فإن الثمن ينقسم على الأجزاء لا على القيمة.

م: (**وإن كان الفاسد كثيراً لا يجوز**) ش: أي في الكل م: (**ويرجع بكل الثمن ؛ لأنه جمع بين المال وغيره**) ش: وذلك مفسد للعقد م: (**فصار كالجمع بين الحر وعبده**) ش: حيث يفسد في الكل م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ومن باع عبداً فباعه المشتري ثم رد عليه**) ش: أي على المشتري م: (**بعيب**) ش: كان قبله .

م: (**فإن قبل**) ش: أي الرد م: (**بقضاء القاضي بإقرار**) ش: منه بالعيب م: (**أو بينة**) ش: قامت عليه عند القاضي من جهة المشتري الثاني لما أنكر المشتري الأول قبوله بالرد م: (**أو بإباء يمين**) ش: أي وبامتناعه عن اليمين يعني لما عجز الخصم عن إقامة البنية وتوجه على المشتري الثاني اليمين فأبى عن اليمين وحكم القاضي عليه بالنكول .

له أن يرده على بائعه ؛ لأنه فسخ من الأصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الأمر أنه أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبًا شرعًا بالقضاء ، ومعنى القضاء بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة ،

ففي هذه الصور الثلاثة م: (**له**) ش: أي للمشتري الأول م: (**أن يرده**) ش: أي المبيع بالعيب م: (**على بائعه لأنه**) ش: أي لأن المبيع م: (**فسخ من الأصل**) ش: أي فسخ من كل وجه لأنه تعذر اعتباره .

م: (**فجعل البيع كأن لم يكن**) ش: أي فجعل البيع الثاني كالمعدوم ، والبيع الأول قائم فله الخصومة والرد بالعيب م: (**غاية الأمر**) ش: هذا جواب عما يقال من جهة زفر أنه لما أنكر العيب لم يكن له حق الخصومة لأنه متناقض في كلامه ، تقرير الجواب أن غاية أمر المشتري م: (**أنه أنكر قيام العيب**) ش: أي أنكر الإقرار بقيام العيب م: (**لكنه صار مكذبًا شرعًا**) ش: أي من حيث الشرع م: (**بالقضاء**) ش: أي بقضاء القاضي ، ولما صار مكذبًا بالقضاء ارتفعت المناقضة وصار كمن اشترى شيئًا واقتران البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على البائع بالثمن .

م: (**ومعنى القضاء بالإقرار**) ش: هذا تأويل من المصنف - رحمه الله - لمعنى قول محمد- رحمه الله - في «الجامع الصغير» ، فإن قبله بقضاء القاضي بإقرار وهذا في القدوري أيضًا ولكن لفظه : فإن قبله بقضاء القاضي فقط ، وليس فيه بإقرار، وقال المصنف- رحمه الله - معناه م: (**أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة**) ش: وإنما احتاج إلى هذا التأويل لأنه إذا لم ينكر إقراره بعد الإقرار لا يحتاج إلى القضاء بل يرد عليه بإقراره بالعيب وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه لأنه أقاله .

وفي «الفوائد» قال بعض مشايخنا : الجواب في فضل البينة ، والنكول محمول على ما إذا كان المشتري ساكتًا فإن البينة على الساكت مسموعة ، والساكت يستحلف أيضًا لأنه يترك منكراً .

أما إذا أنكر المشتري الأول أن يكون هذا العيب عنده ثم كان بالبينة أو النكول فعلى قول محمد - رحمه الله - ليس له أن يخاصم بائعه لمكان التناقض ، وعلى قول أبي يوسف -رحمه الله- له ذلك لتكذيب القاضي إياه بالبينة وعامتهم قالوا : إن سبق منه جحود نصا بأن قال وما بها هذا العيب وإنما حدث عندك ثم أقر به ذلك وأبى القبول ، فالقاضي له جبره على القبول ولم يكن له أن يخاصم بائعه .

وفي «الكافي» : قال زفر - رحمه الله - : لا يعتبر فسخًا في حق البائع الأول حتى لا يرد عليه لأن القاضي مضطر إلى القضاء، وهذا الاضطرار جاء بإقراره أو بنكوله فانتقل فعل

وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا رد عليه بعيب بالبينة حيث يكون ردًا على المو كل ؛ لأن البيع هناك واحد والموجود هاهنا بيعان ، فيفسخ الثاني ولا ينفسخ الأول . وإن قبل بغير قضاء القاضي ليس له أن يرده لأنه بيع جديد في حق ثالث ، وإن كان فسخًا في حقهما والأول ثالثهما .

القاضي إليه لأن فعل المكره ينتقل إلى المكره بكسر الراء وإذا انتقل صار كأنه باشر بنفسه .

قلنا : فعل المكره إنما ينتقل إذا صلح آلة للمكره كما في القتل فإنه يمكنه أن يأخذه ويضربه عليه والقاضي لا يصلح آلة له في حق القضاء بالفسخ ، لأن الفسخ يكون بالكلام ، والكلام لا ينتقل إلى المكره ، لأن التكلم بلسان الغير لا يتصور .

م: **(وهذا)** ش: إشارة إلى قوله : **أن يرده** من حيث المعنى إذ تقديره والبيع الأول قائم بنفسه فلم ينفسخ بفسخ بيع الثاني م: **(بخلاف الوكيل بالبيع)** ش: بان جواب عما يقال : إذا رد المبيع بعيب على الوكيل بالبينة كان ذلك ردًا على الموكل ، وفيما نحن فيه على المشتري ليس رداً على البائع تقريره أن هذا بخلاف الوكيل بالبيع وكل شخصًا ببيع عبده مثلاً فإنه م: **(إذا رد عليه بعيب بالبينة)** ش: أي إذا رد على الوكيل بعيب بالبينة أو بالنكول م: **(حيث يكون رداً على الموكل لأن البيع هناك)** ش: أي في مسألة الوكيل م: **(واحد)** ش: أي بيع واحد ، فكان القضاء عليه بالرد رداً على الموكل . م: **(والموجود هاهنا)** ش: أي في مسألة بيع المشتري .

م: **(بيعان فيفسخ الثاني)** ش: أي فيفسخ البيع الثاني م: **(ولا ينفسخ الأول)** ش: أي البيع الأول ، فلأجل هذا لم يكن الرد على المشتري الأول رداً على بائعه م: **(وإن قبل بغير قضاء القاضي)** ش: عطف على قوله فإن قبل بقضاءالقاضي أي فإن قبل المشتري الأول بغير قضاء القاضي بل قبل برضا م: **(ليس له أن يرده)** ش: على بائعه م: **(لأنه)** ش: أي لأن الرد بالتراضي م: **(بيع جديد في حق ثالث)** ش: وهو إقالته م: **(وإن كان فسخًا في حقهما والأول)** ش: أي البائع الأول م: **(ثالثهما)** ش: أي ثالث اثنين وهما المشتري الأول الذي هو البائع الثاني والمشتري الثاني .

ولهذا يتحدد الشفيع حق الشفعة لأنه ثالثهما فصار كأن المشتري الأول اشتراه ثانيًا ما باع فلا يكون له حق الخصومة ، لا في الرد ولا في حق الرجوع بالنقصان . كذا في «الكافي» .

وقال الشافعي -رضي الله عنه- : يرده كما في الرد بالقضاء ، فإن قلت : هذا يشكل بمسألة ذكرها في « المحيط » : وهو من اشترى ديناراً بدرهم وقبض الدينار وباعه من ثالث ووجد به عيبًا فرده على المشتري الأول بغير قضاء كان له أن يرده على بائعه .

قلت : لا يشبه الصرف العروض لأن الرد في العروض جعل بيعًا جديداً في حق الثالث وهو البائع الأول وها هنا لا يمكن أن يجعل بيعًا جديداً لأن النقود لا تتعين في المعقود ، فكان

وفي «الجامع الصغير» : وإن رد عليه بإقراره بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن له أن يخاصم الذي باعه ، وبهذا يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله وفيما لا يحدث سواء ، وفي بعض روايات البيوع : إن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول .

قال: ومن اشترى عبدًا ، فقبضه ، فادعى عيبًا ، لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع ، أو يقيم المشتري البينة ؛

البيع الثاني لم يكن في حقه .

م: (**وفي « الجامع الصغير» : وإن رد عليه**) ش: أي على المشتري الأول م: (**بإقراره بغير قضاء**) ش: أي بغير قضاء القاضي بالرد م: (**بعيب**) ش: أي بسبب عيب م: (**لا يحدث مثله**) ش: كالأصبع الزائدة أو الناقصة م: (**لم يكن له أن يخاصم الذي باعه**) ش: صورته في« الجامع الصغير» محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة -رضي الله عنه - في رجل اشترى من رجل عبداً ثم باعه من آخر فوجد به الآخرعيبًا لا يحدث مثله فرده على بائعه وقبل منه عبداً بغير قاض قال : ليس له أن يرده على البائع الأول أبداً .

قال المصنف : م: (**وبهذا**) ش: أي بوضع المسألة في «الجامع الصغير» في العيب الذي لايحدث مثله م: (**يتبين أن الجواب فيما يحدث مثله**) ش: كالقروح والأمراض م: (**وفيما لا يحدث**) ش كالأصبع الزائدة كما ذكرنا م: (**سواء**) ش: في الخصومة مع البائع إذا قبله بغير قضاء وذلك لأنه لم يتمكن من الرد فيما لا يحدث مع التيقن بوجوده عند البائع الأول كان أولى أن لا يتمكن من الرد فيما يحدث مثله مع احتمال أنه حدث عند المشتري بهذا هو فائدة وضع الجامع وهو الصحيح .

م: (**وفي بعض روايات البيوع**) ش: أي بيوع الأصل م: (**أن فيما لا يحدث مثله يرجع بالنقصان للتيقن بقيام العيب عند البائع الأول**) ش: والصحيح رواية «الجامع الصغير» لأن الرد بغير قضاء إقالة معتمد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البائع الأول فلا يعود الملك المستفاد من جهة البائع الأول لتخاصمه .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في الجامع الصغير : م: (**ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيبًا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري البينة**) ش: صورة المسألة في «الجامع الصغير» محمد - رحمه الله - عن يعقوب عن أبي حنيفة -رضي الله عنه- في رجل اشترى من رجل عبدًا بألف درهم وقبض العبد ثم جاء البائع يخاصمه في الثمن فقال: قد كنت دلست لي هذا العيب قال : لا يجبر على دفع الثمن حتى يشهد الشهود أو يستحلفه .

فإن قال : شهودي بالشام قال : يقال له ادفع الثمن وإن شئت أستحلف لك وادفع الثمن .

لأنه أنكر وجوب دفع الثمن حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب ، ودفع الثمن أولاً ليتعين حقه بإزاء تعين المبيع ، ولأنه لو قضى بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونًا لقضائه ، فإن قال المشتري : شهودي بالشام استحلف البائع

إلى هنا لفظ «الجامع» فأخذ المصنف - رحمه الله - هذا ونقله بالعبارة المذكورة ثم علل المسألة بقتله .

م: (**لأنه أنكر**) ش: أي لأن المشتري أنكر م: (**وجوب دفع الثمن**) ش: أي وجوب تسليم الثمن على نفسه لما ادعى العيب م: (**حيث أنكر**) ش: أي المشتري م: (**تعين حقه بدعوى العيب**) ش: لأن حقه في التسليم لا في العيب .

م: (**ودفع الثمن أولاً**) ش: يعني وجوب دفع الثمن أولاً إنما هو م: (**ليتعين حقه**) ش: أي حق البائع م: (**بإزاء تعين المبيع**) ش: فحيث أنكر تعين حقه في المبيع لأن حقه في التسليم ، فقد أنكر علة وجوب دفع الثمن أولاً وفي إنكار العلة إنكار للمعلول ، فانتصب خصمًا ولابد حينئذ من حجة وهي إما بينة أو يمين البائع ، فإن قيل : في هذا التعليل فساد الوضع لأن صفة الإنكار تقتضي إسناد اليمين إليه لا إقامة البينة .

فالجواب: أن الاعتبار بالمعنى لا بالصورة وهو فيه مدعى يدعي ما يوجب دفع وجوبه دفع الثمن أولا كان في الصورة منكراً .

م: (**ولأنه**) ش: دليل آخر ولأن القاضي م: (**لو قضى بالدفع**) ش: أي بدفع الثمن م: (**فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي**) ش: أي بالدفع م: (**به صوناً لقضائه**) ش: أي حفظًا لقضائه عن النقض وها هنا سؤال وهو أن الموجب للجبر موجود وهو البيع مع القبض وما ادعاه المشترى من العيب موهوم ، والموهوم لا يعارض المتحقق .

والجواب: عنه يفهم من تقرير الدليل الثاني على مالا يخفى على الفطن ، ولكن توضيحه زيادة للبيان وهو وإن كان ما ادعاه المشتري موهومًا لكن فيه صيانة القضاء عن النقض لأنه يمكن أن يقيم المشتري البينة بعد الجبر على العيب فيلزم بطلان القضاء في عدم الجبر صون القضاء عن النقض .

وسعي الإنسان في نقض ما تم من جهته مردود ، ولهذا لو عجل زكاة ماله قبل الحول إلى المساعي لا يسترد لاحتمال أنه يكون زكاة ببقاء المال في يده ، ولأن الموجب للجبر لا نسلم أنه متحقق إذ الموجب للجبر البيع مع قبض الحق ، وها هنا قبض الحق غير متعين لإنكاره .

م: (**فإن قال المشتري : شهودي بالشام استحلف البائع**) ش: يعني إذا طلب من المشتري إقامة البينة على ما ادعاه فقال : شهودي غيب في الشام استحلف البائع ولا ينتظر حضور الشهود لأنه

ودفع الثمن يعني إذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود ؛لأن في الانتظار ضررًا بالبائع ، وليس في الدفع كثير ضرر به ؛ لأنه على حجته ، أما إذا نكل ألزم العيب لأنه حجة فيه . قال: ومن اشترى عبدًا فادعى إباقًا لم

أمر على خطر ، أو يكون أم لا يكون فلا يؤخر الواجب بل يحلف البائع .

فإن قال : بالله لقد سلمته إليك بحكم البيع وما به هذا العيب أجبر المشتري على دفع الثمن وهو معنى قوله : م: (**ودفع الثمن ، يعني إذا حلف ولا ينتظر حضور الشهود لأن في الانتظار ضررًا بالبائع**) ش: لأن التأخير لا إلى غاية يجري مجرى الإبطال .

م: (**وليس في الدفع كثير ضرر به**) ش: جواب عما يقال إن في إلزام المشتري دفع الثمن ضررًا له ، وتقرير الواجب ليس في دفع الثمن إلى المشتري كثير ضرر به بالمشتري م: (**لأنه على حجته**) ش: يعني بسبيل من إقامة البينة عند حضور شهوده .

وقال الأكمل - رحمه الله - : وفيه بحث من وجهين :

الأول : ما قيل في بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي .

والثاني: أن الانتظار وإقامة الحجة بعد الدفع مؤقتان بحضور الشهود فكيف كان أحدهما ضررًا والآخر دونه .

والجواب : عن الأول أن القاضي ها هنا قد قضى بأداء الثمن إلى حضور الشهود لا مطلقًا فلا يلزم البطلان .

وعن الثاني: بأنه في دعوى غيبة الشهود متهم لجواز أن يكون ذلك مماطلة فلا يسمع قوله في حق غيره، م: (**أما إذا نكل**) ش: أي البائع عن اليمين م: (**ألزم العيب لأنه**) ش: أي لأن النكول م: (**حجة فيه**) ش: أي في ثبوت العيب قيل هذا احتراز عن النكول في الحدود والقصاص فإنه ليس بحجة وكذا النكول ليس بحجة في الأشياء الستة عند أبي حنيفة -رحمه الله - وقال الأترازي : - رحمه الله- في قولهم في بيان هذه المسألة لأن المشتري على حجته دليل أن إقامة البينة بعد حلف المدعى عليه معتبرة .

وفي «خلاصة الفتاوى» لو أقام المدعي البينة بعدما حلف المدعى عليه فقيل وكذلك لو قال المدعي للمدعى عليه : احلف وأنت بريء ، أو قال : إذا حلفت فأنت بريء ، فحلف ثم أقام هو البينة تقبل ، أما إذا قال المدعي: لا بينة لي فحلف المدعى عليه ثم أتى هو بالبينة تقبل في رواية الحسن -رحمه الله- عن أبي حنيفة -رحمه الله- وعن محمد -رحمه الله- أنها لا تقبل .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في الجامع الصغير : م: (**ومن اشترى عبدًا فادعى إباقًا لم**

يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده ، والمراد التحليف على أنه لم يأبق عنده ؛ لأن القول وإن كان قوله ولكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ، ومعرفته بالحجة . فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه إليه ، وما أبق عنده قط . كذا قال في الكتاب ،وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط ، أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ، ولا بالله لقد باعه وسلمه،وما به هذا العيب ؛ لأن فيه ترك النظر للمشتري ، ولأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد .

يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده) ش: صورة المسألة فيه محمد عن أبي حنيفة -رضي الله تعالى عنه- في رجل باع من رجل عبداً فقال: المشتري بعتني آبقًا وكذبه البائع ، قال: لا أحلف البائع على الإباق حتى يقيم المشتري البينة أنه أبق عنده ، فإذا أقام على ذلك البينة استحلف البائع بالله لقد باعه وقبضه وما أبق قط . . . انتهى .

وضع المسألة في الإباق والحكم في جميع العيوب التي لا تشاهد عند الخصومة كذلك نحو السرقة والبول على الفراش والجنون إلا أن المعاودة في يد المشتري شرط في العيوب الثلاثة والحالة واحدة ، وهل تشترط المعاودة في الجنون ؟ فيه كلام قد مر في أول الباب .

م: (**والمراد التحليف على أنه لم يأبق عنده**) ش: أي المراد من قول محمد -رحمه الله-: لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة يحلف البائع على أن العبد لم يأبق عند البائع يعني لا يحلف البائع ولا يتوجه عليه الخصومة ما لم يثبت العيب عند المشتري أولاً بالحجة م: (**لأن القول وإن كان قوله ولكن إنكاره**) ش: أي إنكار البائع م: (**إنما يعتبر بعد قيام العيب به**) ش: أي بالمبيع م: (**في يد المشتري**) ش: لأن السلامة أصل والعيب عارض .

م: (**ومعرفته**) ش: أي معرفة قيام العيب م: (**بالحجة ، فإذا أقامها حلف بالله تعالى لقد باعه وسلمه إليه وما أبق عنده قط . كذا قال في الكتاب**) ش: أي في «الجامع الصغير» ، وقد مر عن قريب .

وقال المصنف : م: (**وإن شاء حلفه بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي**) ش: أي ليس للمشتري حق الرد عليك أيها البائع بالسبب الذي يدعيه المشتري م: (**أو بالله**) ش: أوحلفه بالله م: (**ما أبق عندك قط**) ش: يعني أو حلفه القاضي بهذا الوجه فيقول البائع : بالله ما أبق قط . وإنما قال : عندك ، لأن القاضي يخاطب البائع كذلك فإذا حلف أضاف إلى نفسه .

م: (**أما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ، ولا بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب ؛ لأن فيه ترك النظر للمشتري ؛ ولأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والأول**

والأول ذهول عنه،والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله في اليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ، ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما نعلم أنه أبق عنده يحلف على قولهما . واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة . لهما أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة ، فكذا يترتب التحليف ، وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح إلا من خصم ، ولا يصير خصمًا فيه إلا بعد قيام العيب .

ذهول عنه) ش: أي التحليف بقوله : بالله لقد باعه وما به هذا العيب غفلة عن حدوث العيب بهذا البيع قبل التسليم ، فلأجل هذا لا يحلف بهذا الوجه لأن العيب ربما لا يكون عند البائع ثم يحدث قبل التسليم وهو موجب للرد ، فإذا حلف على العيب لم يكن عند البائع يتضرر المشتري ، لأن البائع صادق في حلفه فلا يحنث .

م: **(والثاي)** ش: أي التحليف بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب م: **(يوهم تعلقه)** ش: أي تعلق العيب م: **(بالشرطين)** ش: يعني البيع والتسليم م: **(فيتأوله)** ش: أي البائع م: **(في اليمين)** ش: ويقول : لم يكن البيع م: **(عند قيامه)** ش: أي عند قيام المعيب م: **(وقت التسليم دون البيع)** ش: يعني لم يكن العيب عند الحالتين بل عند التسليم فحسب . فإذا حلف على هذا الوجه يكون صادقًا ولا يحنث إذ بانتفاء الجزء لا ينتفي الكل فيتضرر المشتري ، وإنما قال : يوهم إشارة إلى أن تأويل البائع ذلك في يمينه ليس بصحيح ولكنه يوهم لذلك .

م: **(ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع بالله ما نعلم أنه أبق عنده)** ش: أي عند المشتري م: **(يحلف على قولهما)** ش: أي قول أبي يوسف ومحمد على العلم لأنه تحليف على فعل الغير فيحلف البائع بالله ما يعلم أن هذا العبد جن عند هذا المشتري ولا أبق ولا سرق ولا بال على فراش . كذا ذكر في الجامع الكبير قولهما . ولم يذكر قول أبي حنيفة -رحمه الله- م: **(واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة)** ش: فقيل يحلف عنده أيضًا ، وقيل : لا يحلف وهو الأصح م: **(لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمه الله- م: **(أن الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة .. فكذا يترتب التحليف)** ش: أي صحة التحليف تترتب على إقامة البينة من المشتري . فكذا يصح التحليف .

م: **(وله)** ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله- م: **(على ما قاله البعض)** ش: أي بعض المشايخ -رحمهم الله- م: **(أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليست تصح)** ش: على الدعوى الصحيحة م: **(إلا من خصم ولا يصير)** ش: أي المشتري م: **(خصمًا فيه)** ش: أى فيما ذكرنا م: **(إلا بعد قيام العيب)** ش: عند نفسه ، وفي هذا إشارة إلى أنه لا يشترط لترتب البينة على الدعوى كونها صحيحة ، بل تقوم البينة فيما لا دعوى فيه أصلاً كالحدود ، وكذا تصح إقامة البينة على أنه وكيل أو وارث فلان بلا دعوى .

وإذا نكل عن اليمين عندهما يحلف ثانيًا للرد على الوجه الذي قدمناه . قال -رضي الله عنه- : إذا كان الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال ؛ لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ . قال: ومن اشترى جارية وتقابضا فوجد بها عيبًا فقال البائع : بعتك هذه وأخرى معها ، وقال المشتري : بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري ؛ لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض ، كما في الغصب . وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض لما بينا . قال: ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهماووجد بالآخر عيبًا فإنه يأخذهما أو يدعهما ؛ لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقًا قبل التمام ، وقد ذكرناه ،

م: (وإذا نكل) ش: أي البائع م: (عن اليمين عندهما يحلف ثانيًا للرد) ش: وهذه اليمين تسمى يمين الرد ، فإن حلف برئ ، وإن نكل يثبت العيب عند البائع فيرد عليه م: (على الوجه الذي قدمناه) ش: أي يحلف على الثبات على ما قدمه من قوله بالله : ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق عندك قط وفي بعض النسخ يحلف ثانيًا للرد إلى آخره .

م: (قال رضي الله عنه) ش: هو المصنف -رحمه الله- م: (إذا كان الدعوى في إباق الكبير يحلف ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال ؛ لأن الإباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ) ش: وذلك لأن اتحاد الحالة شرط في العيوب الثلاثة فلا يلزم الرد من وجودها عند المشتري في الكبر إذا كان وجودها عند البائع في الصغر ، فإذا حلف البائع مطلقًا يكون فيه ترك النظر للبائع لأنه يمنع عن اليمين مطلقًا إذا وجدت هذه العيوب عنده في الصغر .

م: (قال : ومن اشترى جارية وتقابضا) ش: أي قبض البائع الثمن والمشتري الجارية م: (فوجد بها عيبًا فقال البائع : بعتك هذه وأخرى معها ، وقال المشتري : بعتنيها وحدها ، فالقول قول المشتري ؛ لأن الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض) ش: لأنه أعرف بما قبضه م: (كما في الغصب) ش: فإنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه فقال المغصوب منه : غصبت مني غلامين. وقال الغاصب : غلامًا واحدًا فالقول للغاصب لأنه القابض م: (وكذا إذا اتفقا) ش: أي المتعاقدان م: (على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض) ش: بأن كان المبيع جاريتين فاختلفا فقال البائع: قبضتهما وقال المشتري: ما قبضت إلا إحداهما فالقول قول المشتري م: (لما بينا) ش: أن في الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في« الجامع الصغير» : م: (ومن اشترى عبدين صفقة واحدة فقبض أحدهما ووجد بالآخر عيبًا فإنه يأخذهما أو يدعهما) ش: أي يأخذهما جميعًا أو يتركهما جميعًا ، وليس له أن يأخذ السليم خاصة م: (لأن الصفقة تتم بقبضهما فيكون) ش: أي قبض أحدهما م: (تفريقًا قبل التمام) ش: وهو لا يجوز م: (وقد ذكرناه) ش: يعني قبل باب خيار العيب بقوله لأن الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض وإن كانت لا تتم قبله .

وهذا لأن القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق في العقد . ولو وجد بالمقبوض عيبًا اختلفوا فيه ، ويروى عن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يرده خاصة ، والأصح أنه يأخذهما أو يردهما ؛ لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل فصار كجنس المبيع ، لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول دون قبض جميعه ،ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبًا يرده خاصة خلافًا لزفر وهو يقول فيه تفريق الصفقة ، ولا يعرى

م: (**وهذا**) ش: أي التفريق في القبض لا يجوز م: (**لأن القبض له شبه بالعقد**) ش: من حيث إن القبض يثبت ملك التصرف وملك اليد كما أن العقد يثبت ملك رقبة والغرض من ملك الرقبة ملك التصرف، وملك اليد م: (**فالتفريق فيه**) ش: أى في القبض م: (**كالتفريق في العقد**) ش: ولو قال: بعت منك هذين العبدين فقال: قبلت أحدهما لم يصح فكذا هذا .

م: (**ولو وجد بالمقبوض عيبًا**) ش: أي لو وجد المشتري بالمقبوض عيبًا فيما إذا اشترى عبدين فقبض أحدهما ووجد فيه عيبًا م: (**اختلفوا**) ش: أي المشايخ م: (**فيه**) ش: أي في حكمه ، والصحيح أنه لا يرد المقبوض خاصة ، يعني إن شاء ردهما جميعًا أو أخذهما ، كما يجيء الآن

م: (**ويروى عن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يرده**) ش: المقبوض م: (**خاصة**) ش: لأن الصفقة تمت فيه م: (**والأصح أنه يأخذهما أو يردهما لأن تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم للكل**) ش: أي لكل ما وقع عليه العقد م: (**فصار**) ش: أي تمام الصفقة م: (**كحبس المبيع لما تعلق زواله**) ش: أي زوال حبس المبيع م: (**باستيفاء الثمن لا يزول**) ش: أي حق الحبس م: (**دون قبض جميعه**) ش: أي جميع الثمن ، وقوله لا يزول جواب لما م: (**ولو قبضهما**) ش: أي العبدين مثلاً م: (**ثم وجد بأحدهما عيبًا يرده**) ش: أي المقبوض م: (**خاصة ، خلافًا لزفر**) ش: فإن عنده ليس له إلا أن يردهما .

وبه قال الشافعي -رضي الله عنه- : كذا ذكر قولهما في «الإيضاح» وكذا ذكر شمس الأئمة البيهقي قول زفر في الكفاية ، وكذا ذكر شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- في «شرح الكافي» قول زفر -رحمه الله - فقال: على قول زفر يردهما إن شاء .

ولكن قال القدوري -رحمه الله - في «كتاب التقريب» : قال أصحابنا : إذا اشترى عبدين صفقة واحدة فوجد بأحدهما عيبًا بعد القبض رده خاصة .

وقال زفر -رحمه الله- : يرد المعيب في الوجهين ، وعلل لزفر -رحمه الله- بأن العقد صح فيهما ، والعيب وجد بأحدهما فصار كما بعد القبض ، وذكر صاحب «التحفة» و«المنظوم» مثل ما ذكر القدوري -رحمه الله- فيحمل الاختلاف في قول زفر -رحمه الله- على اختلاف الرواية عنه م: (**وهو يقول**) ش: أى زفر -رحمه الله-م: (**فيه تفريق الصفقة ولا يعرى**) ش: أي

عن ضرر ؛ لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الرديء فأشبه ما قبل القبض ، وخيار الرؤية والشرط. ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام ؛ لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب ، وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به على ما مر ، ولهذا لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر . قال: ومن اشترى شيئًا مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيبًا رده كله أو أخذه كله ، ومراده بعد القبض ، لأن المكيل إذا كان من

تفريق الصفقة م: **(عن ضرر لأن العادة جرت)** ش: بين التجار م: **(بضم الجيد إلى الرديء)** ش: لرواج الرديء ، فإذا جاز رد أحدهما دون الآخر يفوت غرض البائع وفيه ضرر م: **(فأشبه ما قبل القبض)** ش: بجامع دفع الضرر .

م: **(وخيار الرؤية)** ش: أي وأشبه خيار الرؤية م: **(والشرط)** ش: أي وخيار الشرط م: **(ولنا أنه)** ش: أي أن الرد م: **(تفريق الصفقة بعد التمام)** ش: أي بعد تمام الصفقة م: **(لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب)** ش: لأن العيب لا يمنع تمام الصفقة فيرد المعيب خاصة ، وبه قال الشافعي -رضي الله عنه- في قول م: **(وفي خيارالرؤية والشرط لا تتم به)** ش: أي لا تتم الصفقة بالقبض فيهما م: **(على ما مر)** ش: أي في باب خيار الرؤية .

م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل التفريق بعد التمام م: **(لو استحق أحدهما ليس له أن يرد الآخر)** ش: أي بعد قبضهما ، وهذا كله إذا كان المشترى شيئين يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخر كالعبدين والثوبين ، أما إذا كان المشترى شيئين لا يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخر كالخفين ومصراعي باب ونعلين فقبضهما ثم وجد بأحدهما أو بهما عيبًا ردهما إن شاء أو أخذهما ، وليس له أن يرد أحدهما دون صاحبه . كذا قال الكرخي في مختصره .

وفي «الفتاوى الصغري» إذا اشتري خفين فوجد أحدهما ضيقًا إن كان لا يدخله لعلة في الرجل ليس له أن يرده ، وإن لم يكن كذلك له أن يرده .

م: **(قال : ومن اشترى شيئًا مما يكال أو يوزن فوجد ببعضه عيبًا رده كله أو أخذه كله ، ومراده بعد القبض)** ش: أي ومراد محمد -رحمه الله- بعد القبض ، لأن المسألة من مسائل «الجامع الصغير» ، وفي بعض النسخ والمراد به بعد القبض ، وإنما قيد به لأنه إذا كان قبل القبض لا يتفاوت الحكم عندنا بين المكيل والموزون وغيرهما في أنه لا يجوز تفريق الصفقة برد المعيب خاصة .

وأما التفريق إذا كان بعد القبض فيجوز تفريق الصفقة فيما عدا المكيل والموزون ، وأما فيهما فلا يجوز إذا كانا في وعاء واحد على ما هو اختيار المشايخ -رحمهم الله- .

وللشافعي -رضي الله عنه- قولان : في الكل قبل القبض وبعده م: **(لأن المكيل إذا كان من**

جنس واحد فهو كشيء واحد ، ألا ترى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه ، وقيل هذا إذا كان في وعاء واحد ، وإن كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر . ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما

جنس واحد فهو كشيء واحد) ش: احترز به عما إذا كان المكيل من جنسين كالحنطة والشعير فإن للمشتري أن يرد المعيب خاصة ، وللشافعي -رضي الله عنه- قولان فيه : بناء على جواز تفريق وعدمه .

م: **(ألا ترى أنه يسمى باسم واحد)** ش: أي حكمًا وتقديرًا لا تحقيقًا لأن المالية والتقوم في المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع فإن الحبة الواحدة ليست مقومة حتى لا يصح بيعها فكانت القابلة للبيع باعتبار الاجتماع فصار الكل في حق البيع كشيء واحد ، والشئ الواحد لا يرد بعضه بالعيب دون البعض م: **(وهو الكر)** ش: بضم الكاف وتشديد الراء ، وهو مكيال لأهل العراق معروف ، وجمعه الكرار ، وقال الأزهري -رحمه الله- : الكر ستون قفيزاً والقفيز ثمانية مكاكيك والمكوك صاع ونصف صاع م: **(ونحوه)** ش: أي ونحو الكر كالوسق والفرق والصبرة .

م: **(وقيل: هذا)** ش: أي الذي ذكرنا من أخذ الكل أو رد الكل م: **(إذا كان في وعاء واحد ، وإن كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر)** ش: إذا كان قبضهما ، لأن ذلك لا يوجب عيبًا زائدًا ، وقال الفقيه أبو الليث -رحمه الله- في شرحه «للجامع الصغير» : معنى هذا أن العيب إذا كان مختلطًا بالذي لا عيب فيه فليس له أن يرد المعيب، لأنه لو رده على البائع كان ذلك إضراراً به ، وأما إذا كان المعيب في جوالق والجيد في جوالق له أن يرد المعيب خاصة لأنه بمنزلة شيئين مختلفين .

ثم قال أبو الليث : -رحمه الله- هذا التأويل يصح على قول محمد -رحمه الله- خاصة ، وإحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وعلى قول أبي حنيفة -رحمه الله- لا يصح هذا التأويل لأنه روى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة -رحمه الله- في« المجرد» أن رجلاً لو اشترى أعدالاً من تمر فوجد بعدل منها عيبًا ، فإن كان التمر كله من جنس واحد فهو بمنزلة شيء واحد فليس له أن يرد بعضه دون بعض ، ونقل الناطقي في «الأجناس» عن البيوع في رواية بشر بن الوليد -رحمه الله- لو اشترى زقين من السمن أو سلتين من زعفران أو حملين من القطن أو الشعير وقد قبض الجميع ، له رد المعيب خاصة، إلا أن يكون هذا ، والآخر على السواء ، فإما أن يرد كله أو يترك كله .

م: **(ولو استحق بعضه)** ش: أي بعض ما يكال أو يوزن بعد القبض م: **(فلا خيار له في رد ما**

بقي ؛ لأنه لا يضره التبعيض ، والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة ؛ لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك ، وهذا إذا كان بعد القبض ، أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام . وإن كان ثوبًا فله الخيار لأن التشقيص فيه عيب ، وقد كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق ، بخلاف المكيل والموزون . ومن اشترى جارية فوجد بها قرحًا فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضاء ؛ لأن ذلك دليل قصده الاستيفاء ، بخلاف خيار الشرط، لأن الخيار هناك للاختبار ، وأنه بالاستعمال فلا يكون الركوب مسقطًا .

بقي لأنه لا يضره التبعيض) ش: والشركة في المكيلات والموزونات لا تعد عيبًا باعتبار أن التبعيض لا يضرهما بعد القبض لتمام الصفقة م: **(والاستحقاق)** ش: جواب إشكال ، وهو أن يقال : ينبغي أن يكون له الخيار في رد ما بقي في صورة الاستحقاق كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وتقرير الجواب أنه لا يلزم ذلك لأنه لو لزم ذلك الملزوم بطريق الاستحقاق والاستحقاق م: **(لا يمنع تمام الصفقة ، لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك)** ش: لأن العقد حق المعاقد ، وتمامه يستدعي تمام رضاه وبالاستحقاق لا ينعدم ذلك ، ولهذا قلنا في الصرف والسلم إذا جاء المستحق بعد ما افترقا بقي العقد صحيحًا فعلم أن تمام العقد يستدعي تمام رضا العاقد لا المالك .

م: **(وهذا)** ش: أي كون الاستحقاق لا يوجب خيار الرد م: **(إذا كان بعد القبض ، أما لو كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام)** ش: لأن تمام الصفقة يحتاج إلى رضا العاقد ، وقبض المبيع وانتفاء أحدهما يوجب عدم تمامها .

م: **(وإن كان ثوبًا)** ش: أي وإن كان المستحق ثوبًا م: **(فله الخيار ؛ لأن التشقيص فيه)** ش: أي في الثوب م: **(عيب)** ش: عرفًا م: **(وقد كان)** ش: أي التشقيص م: **(وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق)** ش: يعني أن عيب الشركة فيه لم يحدث في يد المشتري حتي يمنع الرد الذي كان في يد البائع حيث ظهر الاستحقاق ، فلا يكون مانعًا م: **(بخلاف المكيل والموزون)** ش: فإن التشقيص ليس بعيب فيهما حيث لا يضر .

م: **(ومن اشترى جارية فوجد بها قرحًا فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا ؛ لأن ذلك دليل قصده الاستيفاء)** ش: وإمساك العين الأصل في هذه المسائل أن تصرف المشتري بشيء يدل على الرضا بعد العلم بالعيب يمنع الرد والأرش نحو العرض على البيع والإجارة واللبس والركوب لحاجته والمداواة والرهن والكتابة والاستخدام مرة ثانية لأنه صار راضيًا بالعيب م: **(بخلاف خيار الشرط ؛ لأن الخيار هناك)** ش: أي في خيار الشرط م: **(للاختيار، وأنه)** ش: أي وأن الاختيار يكون م: **(بالاستعمال ، فلا يكون الركوب مسقطًا)** ش: للخيار لكون الركوب في شرط الخيار للامتحان فيكون مقصودًا من الخيار .

وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها علفًا فليس برضا ، أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد ، والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدًا منه إما لصعوبتها ، أو لعجزه ، أو لكون العلف في عدل واحد ، وأما إذا كان يجد بدًا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا . قال : ومن اشترى عبدًا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري ، له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة -رضي الله عنه- . وقالا: يرجع بما بين قيمته سارقًا إلى غير سارق ، وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب وجد في يد البائع .

م: (**وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها**) ش: أي أو ركبها ليسقيها م: (**أو ليشتري لها علفًا فليس برضًا**) ش: بالعيب م: (**أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد ، والجواب في السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدًا منه إما لصعوبتها**) ش: أي لصعوبة الدابة. م: (**أو لعجزه**) ش: أي أو لعجز نفسه م: (**أو لكون العلف في عدل واحد ، وأما إذا كان يجد بدًا منه لانعدام ما ذكرناه لكون رضا**) ش: .

وفي «خلاصة الفتاوى» فلو حمل علف دابة أخرى وركبها أو لم يركبها فهو رضا ، وقال ابن دريد : العدل بالكسر إذا عدل بمثله .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (**ومن اشترى عبدًا قد سرق ولم يعلم به**) ش: ولم يعلم المشتري بكون العبد قد سرق لا وقت البيع ولا وقت القبض كذا ذكره التمرتاشي -رحمه الله- م: (**فقطع عند المشتري**) ش: أي قطعت يده عند المشتري لثبوت سرقه م: (**له**) ش: أي للمشتري م: (**أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة -رضي الله عنه-**) ش: أي جميع الثمن هكذا ذكر في عامة شروح الجامع الصغير ، وهكذا في بعض روايات المبسوط في «جامع التمرتاشي» ، وبعض روايات «المبسوط» يرجع بنصف الثمن .

وقول من قال: يرجع بكل الثمن ينصرف إلى اختيار رد العبد المقطوع ، وقول من قال : بالنصف ينصرف إلى اختيار إمساك .

م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد -رحمهم الله- م: (**يرجع بما بين قيمته سارقًا إلى غير سارق**) ش: يعني يقوم سارقًا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: المذكور بين أبي حنيفة وصاحبيه م: (**إذا قتل**) ش: أي العبد م: (**بسبب وجد في يد البائع**) ش: صورته اشتري عبدًا مباح الدم لقود أو ردة أو قطع طريق فقتل عند المشتري يرجع على البائع بكل الثمن عند أبي حنيفة -رحمه الله- .

وبه قال الشافعي : -رضي الله عنه- في قول وهو اختيار المزني وأبي إسحاق المروزي -رحمه الله- وعندهما يقوم مباح الدم ومعصوم الدم فيرجع بفضل ما بينهما وبه قال الشافعي -

والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده،وبمنزلة العيب عندهما . لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل ، وأنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه،لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده ، وصار كما إذا اشترى جارية حاملاً فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً إلى غير حامل . وله أن سبب الوجوب في يد البائع ، والوجوب يفضي إلى الوجود ، فيكون الوجود مضافًا إلى السبب السابق ،

رضي الله عنه- : في قول وهو اختيار ابن شريح وأبي هريرة -رضي الله عنه- من الصحابة .

وفي صحة بيع العبد الجاني له قولان: أحدهما : أنه يصح واختاره المزني -رحمه الله- والثاني : أنه لا يصح وما ذكرنا من القولين في الرجوع بكل الثمن والنقصان على قول صحة البيع كذا في كتبهم .

م: (والحاصل) ش: من هذا الخلاف م: (أنه) ش: أي أن مستحق القطع أو مباح الدم م: (بمنزلة الاستحقاق عنده) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله- فإذا ظهر مستحق يرجع بكل الثمن فكذلك هنا م: (وبمنزلة العيب عندهما) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- فإذا ظهر عيب يرجع بنقصان العيب بأن يقوم عبدًا قد يوجب عليه القطع وعبدًا لم يجب عليه القطع ويرجع بإزاء النقصان من الثمن .

م: (لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل وأنه) ش: أي وأن سبب القطع والقتل م: (لا ينافي المالية) ش: بدليل صحة البيع ونفاد تصرفه فيه بالعتق وغيره ، ولو كان لحل الدم أثر في انعدام المالية لما صح البيع ، كذا في الأسرار م: (فنفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده) ش: أما التعذر في صورة القتل فظاهر، وكذا في صورة قطع اليد فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري والمعيب الحادث عنده يمنع الرد ولكنه يرجع بنقصان عيب السرقة لا بنقصان عيب القطع وبه صرح الزاهد العتابي .

لأن القطع وإن كان مضافًا إلى السرقة لأنه يستحق بها لم يكن فوات المالية في ضمنه مضافًا إليها لأن السرقة لا تفوت المالية والقطع يستحق من حيث إنه أدب لا من حيث أنه مال فلهذا أوجب الرجوع بنقصان عيب السرقة لا عيب القطع م: (وصار) ش: هذا م: (كما إذا اشترى جارية حاملاً) ش: ولم يعلم بالحمل وقت الشراء القبض م: (فماتت في يده) ش: أي في يد المشتري م: (بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً إلى غير حامل) ش: ولا يرجع بكل الثمن.

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة -رحمه الله- م: (أن سبب الوجوب في يد البائع) ش: أي سبب وجوب القطع أو القتل العمد وهو السرقة أو القتل حده في يد البائع م: (والوجوب) ش: أي سبب الوجوب م: (يفضي إلى الوجود ، فيكون الوجود مضافًا إلى السبب السابق) ش: فصار كالمستحق ،

وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب ، وما ذكر من المسألة ممنوعة . ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما ، عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا ، وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن ، وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع لأن اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين ،

والمستحق لايتناوله العقد فينتقض القبض من الأصل لعدم مصادفة محله م: **(وصار)** ش: هذا م: **(كما إذا قتل المغصوب)** ش: أي العبد المغصوب م: **(أو قطع بعد الرد)** ش: إلى مولاه م: **(بجناية)** ش: أي بسبب جناية م: **(وجدت في يد الغاصب)** ش: صورته غصب رجل عبداً فقتل العبد عنده رجلاً عمداً فرده على المولى فاقتص منه يده فإن الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب .

م: **(وما ذكر من المسألة ممنوعة)** ش: أي مسائل الحمل ، وجه المنع أنها على قولهما ، وأما على قول أبي حنيفة فالمشتري يرجع على البائع بكل الثمن إذا ماتت من الولادة وقيل : إنها على الاختلاف أيضًا ، وإن لم يذكر الخلاف في كتاب البيوع ولئن سلمنا فنقول : الموجود في يد البائع الإعلاق وإنه يوجب انفصال الولد ولا يفضي إلى الهلاك غالبًا بل الغالب هو السلامة عند الولادة وهو نظير الزاني إذا جلد بخلاف ما إذا غصب جارية فحملت في يد الغاصب فردها فولدت في يد المالك وماتت يرجع على الغاصب .

أما ها هنا الحبل لا يمنع صحة التسليم إلى المشتري كذا في جامع العتابي «والمبسوط» .
وفائدة الخلاف فيما إذا اطلع على سبب القتل والقطع ولم يقتل ولم يقطع هل يجوز رده أم لا ؟ فعند أبي حنيفة -رحمه الله- لا يجوز رده لأنه بالاستيفاء يكون بمنزلة الاستحقاق . وعندهما يجوز وبه قال الشافعي-رضي الله عنه- : لأنه بمنزلة العيب وكونه مستحقًا للقطع أو القتل عيب سواء استوفى أم لا ، وفي تتمتهم وفائدة الخلاف يظهر في أمر الكفن والدين فعلى طريقة المروزي على البائع وعلى طريقة ابن شريح على المشتري .

م: **(ولو سرق)** ش: أي العبد المبيع م: **(في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما)** ش: أي بالسرقتين م: **(عندهما)** ش: أي عند أبي يوسف ومحمد -رحمه الله- م: **(يرجع)** ش: أي المشتري م: **(بالنقصان)** ش: أي بنقصان السرقة الموجودة عند البائع م: **(كما ذكرنا)** ش: يعني عند قوله وإن اشترى عبداً قد سرق ولم يعلم به إلى آخره .

م: **(وعنده)** ش: أي وعند أبي حنيفة -رحمه الله- م: **(لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ، ويرجع بربع الثمن وإن قبله البائع فبثلاثة الأرباع)** ش: أي يرجع بثلاثة أرباع الثمن م: **(لأن اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين)** ش: وهما اللتان كانت إحداهما في يد البائع والأخرى في يد

وفي إحداهما الرجوع فيتنصف ، ولو تداولته الأيدي ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق ، وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه ؛ لأنه بمنزلة العيب ، وقوله في الكتاب «ولم يعلم المشتري » يفيد على مذهبهما ؛ لأن العلم بالعيب رضا به ولايفيد على قوله في الصحيح ؛ لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع .

المشتري م: (**وفي إحداهما**) ش: وفي إحدى الجنايتين م: (**الرجوع**) ش: أي رجوع المشترى على البائع بنصف الثمن م: (**فيتنصف**) ش: أي النصف فينقسم عليها نصفين لكون القطع مضافًا إلى السرقتين فيسقط نصف النصف عن البائع وهو الربع ويضاف الربع الباقي إلى النصف فيصير ثلاثة أرباع فيرجع بها على البائع .

فإن قيل: إذا حدث عند المشتري عيب ثم اطلع على عيب كان عند البائع فقبله البائع وكذلك رجع المشتري عليه جميع الثمن فلم لم يكن ها هنا ؟ كذلك أجيب : بأن هذا على قول أبي حنيفة نظر إلى جريانه مجرى الاستحقاق وما ذكرتم لا يتصور فيه .

فإن قلت: أما تذكرون ما تقدم أن حكم العيب والاستحقاق يستويان قبل القبض وهذه في غير المكيل والموزون ، فما الذي أوجب الاختلاف ها هنا بينهما قلنا : بلى لكن ليس كلامنا الآن فيهما بل فيما يكون بمنزلة الاستحقاق والعيب وما ينزل منزلة الشيءلا يلزم أن يساويه في جميع الأحكام .

م: (**ولو تداولته الأيدي**) ش: يعني بعد وجود السرقة من العبد في يد البائع تداولته الأيدي يعني اتبع من يد إلى يد م: (**ثم قطع في يد الأخير رجع الباعة**) ش: وهو جمع بائع كالحاكة جمع حائك م: (**بعضهم على بعض**) ش: بالثمن م: (**عنده كما في الاستحقاق**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله- .

وبه قال بعض أصحاب الشافعي -رضي الله عنه- : م: (**وعندهما**) ش: أي وعند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (**يرجع الأخير على بائعه ، ولا يرجع بائعه على بائعه ؛ لأنه بمنزلة العيب**) ش: فلا يرجع فيه وهذا لأن المشتري الأخير لم يصر حابسًا حيث لم يبعه ولا كذلك الآخرون فإن البيع يمنع الرجوع بنقصان العيب .

م: (**وقوله في الكتاب**) ش: أي قول محمد -رحمه الله- في الجامع الصغير : م: (**ولم يعلم المشتري ، يفيد على مذهبهما؛ لأن العلم بالعيب رضا به ولا يفيد على قوله**) ش: أي على قول أبي حنيفة -رحمه الله- م: (**في الصحيح ؛ لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع**) ش: وقيد بالصحيح احترازًا عما روي عن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه لا يرجع لأن حل الدم من وجه كالاستحقاق ، ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فالشبهة بالاستحقاق .

قلنا : عند الجهل به يرجع بجميع الثمن ولشبهه بالعيب .

قلنا : لا يرجع عند العلم بشيء لأنه إنما جعل هذا كالاستحقاق لدفع الضرر عن المشتري وقد اندفع حين علم به واشتراه وفي «شرح الطحاوي» إذا كان المشتري عالمًا ، وقت العقد وقبل القبض صار راضيًا بالعيب فلا يرجع على بائعه بشيء في قولهم جميعًا .

وقال فخر الإسلام-رحمه الله- : والصحيح أن العلم والجهل سواء لأنه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع ، وقال الأكمل -رحمه الله - : قيل فيه نظر .

قلت: القائل بالنظر هو الأترازي -رحمه الله - حيث قال : لأنا نقول سلمنا أن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع لكن لا نسلم أن العلم بالعيب لا يمنع الرجوع وهذا عيب لأنه موجب لنقصان الثمن .

ولكنه أجري مجرى الاستحقاق عند أبي حنيفة -رحمة الله عليه- ونزل منزلته لا حقيقة لأن في حقيقة الاستحقاق سواء كان عالمًا بذلك أو جاهلاً قبل القبض أو بعده يبطل البيع ويرجع بجميع الثمن في قولهم جميعًا وبه صرح في «شرح الطحاوي» وهنا لا يبطل البيع ، ولهذا لوأعتق المشتري قبل القتل أوالقطع صح عند أبي حنيفة -رحمه الله- أيضًا إلا أنه لا يرجع عند أبي حنيفة -رحمه الله- بشيء إذا قتل أو قطع بعد الإعتاق بسبب كان عند البائع لأن القتل أو القطع لم يفوت المالية لعدم المالية حينئذ وعندهما يرجع بالعيب أعني نقصان عيب السرقة ونقصان كونه حلال الدم ، لأن الملك ينتهي ويتقرر بالإعتاق كالموت فلا يبطل الرجوع ، هذا آخر كلام الأترازي .

والأكمل -رحمه الله- لم يذكر كلام الأترازي -رحمه الله- بكماله فأخذ بعضه ثم قال : قيل : فيه نظر ثم قال : والجواب أن كونها أصح أو صحيحًا ويجوز أن يكون من حيث صحة النقل وشهرته فلا يرد السؤال ويجوز أ ن يكون من حيث الدليل .

وقوله في النظر : وهذا عيب ممنوع لأنهم صرحوا بأنه بمنزلة العيب أو أنه عيب من وجه ، وإذا كان كذلك فلا يلزم أن يكون حكمه حكم العيب من كل وجه ، وقد ترجح جانب الاستحقاق بالدلائل المتقدمة فأجري مجراه ، وهذا آخر كلام الأكمل -رحمه الله- .

قلت: جوابه لا يخلو عن خدش على ما لا يخفى ، وقوله في النظر : وهذا عيب ممنوع غير مسلم ؛ لأن تعليله يدل على جواز القول بأنه عيب فليتأمل .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**ومن باع عبداً وشرط البراءة من كل عيب فليس له**

أن يرده بعيب ، وإن لم يسم العيوب بعددها ، وقال الشافعي : لا تصح البراءة ، بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول : إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ،

أن يرده بعيب ، وإن لم يسم العيوب بعددها) ش: وفي بعض النسخ فليس له أن يرده وإن لم يعدها أي العيوب .

قال الكاكي -رحمه الله- : وهو الصحيح قوله ليس له أن يرده بعيب لصحة الشرط والبيع ، وقال زفر -رحمه الله- : البيع صحيح والشرط فاسد إذا كان مجهولاً ، وفي «المختلف» البيع باطل وعلى قوله فاسد إذا عد العيوب صحة البراءة أيضًا .

م: **(وقال الشافعي : لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء ، عن الحقوق المجهولة لا يصح)** ش: للشافعي -رحمه الله- فيه طريقان أشهرهما وبه قال ابن سريج وابن الوكيل والإصطخري- رحمه الله- أن فيه ثلاثة أقوال .

أحدها : أنه يبرأ وبه قال علماؤنا : لقوله ﷺ : **« المسلمون عند شروطهم »** .

ويروى ذلك **عن** ابن عمر وزيد بن ثابت -رضي الله عنهم .

وثانيها : أنه لا يبرأ عن عيب وبه قال أحمد -رحمه الله- في رواية ، وعنه يبرأ عما لا يعلمه دون ما يعلمه .

وثالثها : وهو الأصح .

ويروى عن مالك -رحمه الله- أنه لا يبرأ في غير الحيوان ويبرأ في الحيوان عما لا يعلمه دون ما يعلمه لما روي أن ابن عمر -رضي الله عنهما- باع عبدًا من زيد بن ثابت -رضي الله عنه- بشرط البراءة فوجد زيد به عيبًا فأراد رده فلم يقبله ابن عمر فترافعا إلى عثمان -رضي الله عنه - فقال عثمان لابن عمر-رضي الله عنهما - : تحلف أنك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال : لا فرده عليه ، فرق عثمان وزيد بين كون العلم معلومًا وغير معلوم ، والطريق الثاني وبه قال ابن خيران وأبو إسحاق -رضي الله عنه - القطع بالقول الثالث ونصه في «المختصر» كذا في «شرح الوجيز» .

وفي «الحلية» لو قلنا : الشرط باطل فهل يبطل البيع ؟ فيه وجهان أظهرهما أنه يبطل م: **(هو)** ش: أي الشافعي -رضي الله عنه- م: **(يقول : إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد)** ش: حتى أن رب الدين لو أبرأ المديون من دينه فرد المديون إبراءه لم يصح الإبراء وكذا لا يصح تعليق الإبراء بالحظر بأن قال : أبرأتك عن العيب أو الدين إن فعلت كذا لما فيه من معنى التمليك .

وتمليك المجهول لا يصح ، ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة ، وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة ، ويدخل في هذه البراءة العيب الموجود ، والحادث قبل القبض في قول أبي يوسف - رحمه الله - .

م: **(وتمليك المجهول لا يصح)** ش: كبيع شاة من قطيع غنم م: **(ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة)** ش: والإبراء إسقاط لا تمليك حتى يتم بلا قبول لأنه لا يصح تمليك العين بهذه اللفظة ويصح الإبراء بأسقطت عنك ديني ، والجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة ، لأن الجهالة إنما أبطلت التمليكات لفوت التسليم الواجب بالعقد وهو لا يتصور في الإسقاط فلا يكون مبطلاً له ، ولهذا جاز طلاق نسائه وإعتاق عبيده وهو لا يدري عددهم .

م: **(وإن كان في ضمنه التمليك)** ش: هذا جواب عن قوله : يرتد بالرد ، وتقريره أن ذلك لما فيه من معنى التمليك ضمنًا وهو لا يؤثر في فساد ما قلناه لأنا بينا أن محض التمليك لا يبطل بجهالة م: **(لعدم الحاجة إلى التسليم)** ش: لأن السقط الساقط مثلاً م: **(فلا تكون مفسدة)** ش: كما إذا باع قفيزًا من صبرة .

فإن قلت: في «الجامع الصغير» في كتاب الهبة إذا قال من له على آخر ألف درهم : إذا جاء غدًا فأنت منها بريء فهو باطل فلا يصح تمليك المجهول .

قلت: إنما لم يصح التعليق فيه لأنه إنما يصح في الإسقاط المحض لا في إسقاط فيه معنى التمليك .

فإن قلت : إذا قال أبرأتك يصح ، وإذا قال أبرأت أحدكما لا يصح فظهر الفرق بين المعلوم والمجهول . **قلت:** أبرأت أحدكما يصح أيضًا عند بعض أصحابنا -رحمه الله- ويجيز على التعيين . كذا في «الأسرار» ، ولئن سلمنا أنه لا يصح فنقول : إنما لم يصح لأن من له الحق مجهول لا لأن الحق مجهول ، ألا ترى إلى من قال : لفلان علي شيء يصح ، ولو قال لفلان علي ألف درهم لا يصح ولا يلزم على هذا ما إذا قال: لامرأتيه إحداكما طالق ، لأن الطلاق بعد وقوعه يكون حقًا لله تعالى وهو معلوم والدليل على أن الحق لله تعالى أنهما لو تراضيا على إسقاطه لا يصح .

م: **(ويدخل في هذه البراءة)** ش: إنما قال في هذه البراءة احترازًا عن البراءة التي شرطها البائع في قوله بعته على أني بريء من كل عيب به فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع كذا في« الإيضاح» وغيره م: **(العيب الموجود)** ش: فيه وقت العقد م: **(والحادث)** ش: أي ويدخل العيب الحادث فيه م: **(قبل القبض في قول أبي يوسف -رحمه الله-)** ش: أي في ظاهر الرواية عنه وهو قول أبي حنيفة أيضًا .

وقال محمد-رحمه الله- : لا يدخل فيه الحادث ، وهو قول زفر -رحمه الله- ؛ لأن البراءة تتناول الثابت ، ولأبي يوسف -رحمه الله- أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث .

م: **(وقال محمد -رحمه الله- : لا يدخل فيه الحادث ، وهو قول زفر -رحمه الله-)** ش: والحسن والشافعي ومالك وأبي يوسف -رحمهم الله- في رواية م: **(لأن البراءة تتناول الثابت)** ش: فتنصرف إلى الموجود عند العقد م: **(ولأبي يوسف -رحمه الله- أن الغرض إلزام العقد)** ش: أي أن المقصود من البراءة إلزام العقد م: **(بإسقاط حقه)** ش: أي حق المشتري م: **(عن صفة السلامة)** ش: أي سلامة البيع م: **(وذلك)** ش: أي التزام العقد يكون م: **(بالبراءة عن الموجود والحادث)** ش: جميعًا .

وذكر الكرخي -رحمه الله- في «مختصره» : فإن قال البائع : أبيعك على أني بريء من كل عيب به لم يدخل في البراءة العيب الحادث في جميع الروايات عن أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- ووجهه أنه لما قال به خص الموجود بالبراءة ولم يتجاوز غيره ، وروي عن أبي يوسف -رحمه الله - أنه لو شرط في العقد البراءة من العيوب التي تحدث فسد البيع .

وفي الخلاصة ولو تبرأ البائع من كل عيب يدخل فيه العيوب والأدواء ، فإن تبرأ من كل داء فهو على المرض ولا يدخل فيه الكمي ولا الأصبع الزائدة ولا أثر جرح قد برأ ، وعن أبي حنيفة -رحمه الله- الداء هو المرض الذي في الجوف من طحال أو كبد أو نحو ذلك .

وفي «الخلاصة» أيضًا رجل باع عبدًا أو جارية وقال : أنا بريء من كل داء ولم يقل من كل عيب فإنه لا يبرأ عن العيوب لأن الداء يدخل في العيوب ، أما العيب لا يدخل في الداء ، ولو قال المشتري : الجارية برئت إليك من كل عيب بعينها ، فإذا هي عوراء لا تبرأ ، وكذا لو قال برئت إليك من كل عيب بيدها وهي مقطوعة اليد لأن البراءة عن عيب اليد والمعين يكون حال قيام اليد والعين لا حال عدمها .

وفي «شرح الطحاوي » ولو اختلفا في العيب في أنه موجود وقت العقد أم لا فقال المشتري : هو حادث فلم يدخل في البراءة ، وقال البائع : كان موجودًا يدخل في البراءة . فعلى قول أبي يوسف -رحمه الله - لا فائدة لهذا الاختلاف لأنه لا يبرأ عنهما جميعًا عنده وإنما هو على قول محمد -رحمه الله- فعلى قوله القول قول البائع مع يمينه أنه حادث وعند زفر - رحمه الله - القول للمشتري .

***

باب البيع الفاسد

وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرمًا فالبيع فاسد ، كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر . قال العبد الضعيف: هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى،فنقول:البيع بالميتة والدم باطل ، وكذا بالحر ؛ لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء لا تعد مالاً عند أحد ،

م: (باب البيع الفاسد)

ش: أي هذا الباب في بيان أحكام الفاسد ولقب الباب بالفاسد ، وإن كان مشتملاً عليه وعلى الباطل لكثرة وقوعه بتعدد أسبابه، والباطل هو ما لا يكون صحيحًا أصلاً ووصفًا، والفاسد هو ما لا يصح وصفًا وكل ما أورث خللاً في ركن البيع فهو مبطل ، وما أورثه في غيره كالتسليم والتسلم الواجبين به والانتفاع المقصود منه والإطلاق عن شرط لا يقتضيه وغير ذلك فهو مفسد .

وحاصل الكلام الباطل ما لا يكون مشروعًا بأصله ووصفه لانتفاء ركنه ومحله يقال : بطل اللحم إذا برد وسوس بحيث لا ينتفع به ، والفاسد ما يكون مشروعًا بأصله دون وصفه ويثبت به الملك إذا اتصل به القبض ، يقال : فسد اللحم إذا صار ذا نتن بحيث يمكن الانتفاع به ، والمكروه ما كان مشروعًا بأصله ووصفه ولكن جاوزه بشيء آخر منهي عنه على هذا تفصل المسائل المذكورة في الكتاب .

م: **(وإذا كان أحد العوضين)** ش: المبيع والثمن م: **(أو كلاهما)** ش: أي أو كان كلاهما م: **(محرمًا فالبيع فاسد كالبيع بالميتة)** ش: والميتة في اللغة هو الذي مات حتفه أنفه، وإنما قيدنا باللغة لنخرج المحتوفة وأمثالها، فإن ذلك عند من ليس له دين سماوي بمنزلة الذبيحة عندنا. ولهذا إذا باعوا ذلك فيما بينهم جاز ، ذكره المصنف -رحمه الله- في التجنيس، وإن كان ميتة عندنا بخلاف الميتة حتف أنفه، فإن بيعه فيما بينهم لا يجوز، ولأنها ليست بمال عندهم، فعلى هذا يكون قوله فالبيع فاسد بلام الاستغراق على عمومه في بياعات المسلمين وغيرهم .

م: **(والدم والخمر والخنزير ، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر)** ش: هذا كله لفظ القدوري -رحمه الله- في مختصره ، ولهذا م: **(قال العبد الضعيف)** ش: أي المصنف -رحمه الله- م: **(هذه فصول جمعها)** ش: أي القدوري -رحمه الله- م: **(وفيها تفصيل نبينه إن شاء الله تعالى فنقول : البيع بالميتة والدم باطل ، وكذا بالحر)** ش: أي وكذا البيع بالحر م: **(لانعدام ركن البيع وهو)** ش: أي ركن البيع م: **(مبادلة المال بالمال ، فإن هذه الأشياء)** ش: أي الميتة والدم والخنزير والخمر والحر م: **(لا تعد مالاً عند أحد)** ش: فمن له دين سماوي لأن الذي ليس له دين سماوي كالجماد فلا يعتبر .

والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع ، وهو مبادلة المال بالمال فإنه مال عند البعض ، والباطل لا يفيد ملك التصرف ، ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة ، عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك ، وعند البعض يكون مضمونًا لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء ،

م: **(والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع ، وهو مبادلة المال بالمال ، فإنه مال عند البعض)** ش: وهما من أعز الأموال عند أهل الذمة ، وفي «المبسوط» : البيع بالخمر عندنا يوجب الملك بالقبض ، فإن محل العقد المالية في البدلين وبتخمير العصير لا تنعدم المالية وإنما ينعدم التقوم شرعًا . فإن المالية تكون منتفعًا بها وقد أثبت الله تعالى ذلك في الخمر بقوله : ﴿ **ومنافع للناس** ﴾ (البقرة : الآية ٢١٩) ، ويفيد الملك البيع بها إذا اتصل القبض بإذن البائع صريحًا أو دلالة بأن يقبضه المشتري عقيب البيع ، ولأنها البائع والفرق بين الفصلين ، أعني كون البيع بالدم والميتة باطلاً وبالخمر والخنزير فاسدًا إن الباطل لا يفيد الملك وإن اتصل به القبض والفاسد يفيد كما ذكرنا الآن .

وفائدة هذا أنه لو كان المشتري عبدًا فأعتقه المشتري بعد القبض لا ينفذ في الأول وينفذ في الثاني ، ولو جاء مستحق فاستحق على المشتري لا خصومة بين المستحق وبين المشتري في الأول ، وفي الثاني يكون المشتري خصمًا حتى يستمع البينة عليه ، لأنه ملكه . ثم إذا لم يعد الملك في الوجه الأول هل يصير المقبوض مضمونًا عليه بالقبض أم لا ؟ اختلف المشايخ -رحمهم الله- فيه ، أشار إلى بيانه المصنف -رحمه الله- بقوله م: **(والباطل لا يفيد ملك التصرف ، ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه)** ش: أي في البيع الباطل م: **(يكون أمانة عند بعض المشايخ)** ش: أراد به الشيخ أبا نصر أحمد بن علي الطواديسي وهو أستاذ شيخ الإسلام أبي بكر المعروف بخواهر زاده- رحمه الله- فإنه قال: هو أمانة وليس بمضمون وهو رواية الحسن -رحمه الله- عن أبي حنيفة -رحمه الله- وإليه ذهب الشيخ أبو الحسن الشرعي م: **(لأن العقد غير معتبر)** ش: لكونه باطلاً م: **(فبقي القبض بإذن المالك)** ش: فتكون أمانة ،وكذا البيع بالبول باطل وكذا بيع المحرم للصيد ، لأن صيد البر حرام على المحرم كالميتة ، فيكون بيعه باطلاً .

م: **(وعند البعض)** ش: أراد به شمس الأئمة السرخسي -رحمه الله- وروى ابن سماعة عن محمد -رحمه الله- أنه يكون مضمونًا كما قال به البعض : م: **(يكون مضمونًا لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء)** ش: فذاك مضمون فكذا هذا والمضمون بالقيمة أو بالمثل وبه قال الشافعي ومالك وأحمد -رحمهم الله- وصورة المقبوض على سوم الشراء هو أن يسمي الثمن فيقول : اذهب بهذا فإن رضيت اشتريته بعشرة . أما إذا لم يسم الثمن فذهب به فهلك عنده لا يضمن نص عليه الفقيه أبو الليث -رحمه الله- « في العيون ».

وقيل الأول قول أبي حنيفة -رحمه الله- ، والثاني قولهما ، كما في بيع أم الولد والمدبر ، على ما نبينه إن شاء الله تعالى . والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ، ويكون المبيع مضمونًا في يد المشتري فيه،وفيه خلاف الشافعي وسنبينه إن شاء الله تعالى بعد هذا ، وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل ؛ لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً للبيع . وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله ، وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير .

م: (**وقيل**) ش: قائله محمد بن سلمة البلخي -رحمهم الله - م: (**الأول قول أبي حنيفة - رحمه الله - والثاني قولهما**) ش: أي قول أبي يوسف ومحمد -رحمه الله - م: (**كما في بيع أم الولد والمدبر**) ش: يعني إذا هلك عند المشتري فهو على هذا الخلاف م: (**على ما نبينه إن شاء الله تعالى**) ش: يعني في بابه .

م: (**والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به**) ش: أي بالبيع الفاسد يعني إذا كان القبض بإذن المالك باتفاق الروايات بملكه م: (**ويكون المبيع مضموناً في يد المشتري فيه**) ش: أي في البيع الفاسد والضمان بالقيمة أو بالمثل .

قال مشايخ العراق : إن المشتري شراء فاسداً يملك التصرف فيه باعتبار تسليط البائع على ذلك لا باعتبار تملك العين ، بدليل عدم جواز وطء الجارية مشتراة شراء فاسداً ، وكذا لا يحل أكل طعام اشتراه شراء فاسداً . وذهب مشايخ بلخ -رحمهم الله - إلى أن جواز التصرف بناء على ملك العين ، واستدلوا بما إذا اشترى داراً بشراء فاسد وقبضها فبيع بجنبها دار للمشتري له أن يأخذها بالشفعة لنفسه . وكذا لو رد المشتري الجارية المشتراة شراء فاسداً يجب على البائع استبراؤها ولو أعتق المشتري العبد المشترى شراء فاسدًا من الأب أو الوصي جاز عتقه ولو كان عتقه على وجه التسليط لما جاز ، لأن عتقهما أو تسليطهما على العتق لا يجوز ، فعلم بهذه الأحكام أنه يملك العين .

م: (**وفيه**) ش: أي وفي كون البيع مضموناً في يد المشتري في البيع الفاسد م: (**خلاف الشافعي**) ش: فعنده ليس بمضمون ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله - م: (**وسنبينه إن شاء الله تعالى بعد هذا**) ش: أي في أول الفصل الذي يلي هذا الباب ، وفي بعض النسخ وسنبينه بعد إن شاء الله تعالى .

م: (**وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل ؛ لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً للبيع ، وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين**) ش: أي بما يجب في الذمة م: (**كالدراهم والدنانير فالبيع باطل،وإن كان قوبل بعين**) ش: مثل ثوب مثلاً م: (**فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله**) ش: وهو الثوب م: (**وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير**) ش: كلمة «إن» واصلة بما قبلها .

ووجه الفرق أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة ،إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه ، وفي تملكه بالعقد مقصود إعزاز له ، وهذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة ، لما أنها تجب في الذمة ، وإنما المقصود الخمر ، فسقط التقوم أصلاً ، بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر ؛ لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر، وفيه إعزاز الثوب دون الخمر ، فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ، ووجبت قيمة الثوب دون الخمر،وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة . قال: وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل، لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام : «أعتقها ولدها »

م: (ووجه الفرق) ش: بين الصورتين م: (أن الخمر مال وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه) ش: أي أن كل واحد منهما م: (غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته و ترك إعزازه ، وفي تملكه بالعقد مقصود إعزاز له) ش: أي في جعله مبيعاً إعزاز له وهو خلاف المأمور به ، وأوضح ذلك بقوله م: (وهذا لأنه متى اشتراهما بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة) ش: إلى تحصيل الخمر أو الخنزير م: (لما أنها) ش: أي أن الدراهم م: (تجب في الذمة ، وإنما المقصود الخمر فسقط التقوم أصلاً) ش: لئلا يفضي إلى خلاف المأمور به . م: (بخلاف ما إذا اشترى الثوب بالخمر ؛ لأن مشتري الثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر ، وفيه إعزاز الثوب دون الخمر ، فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ، ووجبت قيمة الثوب دون الخمر ، وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة) ش: أي لكون البيع مقايضة وهو بيع العرض بالعرض ، والعرض هو المتاع القيمي كائنًا ما كان ، وفي المجمل بقيض المثل . ويجوز أن يقال على هذا إنما سمي هذا النوع من البيع مقايضة لأن العرض بمثل العرض في العينة ، ويقال هما قيضان أي متساويان . فإن قلت : في هذا تعبير للعقد لأن العاقد قد جعل الخمر مبيعاً بدلالة الباقي الثوب ، وفي هذا يصير ثمنًا فيكون تعبيراً .

قلت : التعبير أهون من البطلان فلو لم يجعل كذلك يبطل مع أن المقايضة يصلح أن يكون كل واحد ثمناً ومثمناً فلا يلزم التعبير .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - : م: (وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل ؛ لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (أعتقها ولدها) ش: هذا رواه ابن عباس -رضي الله عنهما - ، قال : ذكرت أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ ، فقال : أعتقها ولدها[1] رواه ابن ماجة والدارقطني ، وإبراهيم ابن النبي ﷺ من مارية

---

(١)سبق تخريجه .

ولسبب الحرية قد انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت ،والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى . ولو ثبت الملك بـالبيع ، لبطل ذلك كله ، فلا يجوز ، ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روايتان ، والأظهر الجواز ، والمراد المدبر المطلق دون المقيد .

القبطية ، وهذا حجة على بشر وداود -رحمه الله - في تجويزهما بيعهما ولفظ الحديث يوجب الإعتاق الحقيقي ، لكن حمل على حق العتق .

وفي شرح« المجمع والمجاز » : مراد في هذا اللفظ بالإجماع م: (**ولسبب الحرية قـد انعقد في حق المدبر في الحـال لبطلان الأهلية بعـد الموت**) ش: اعتبر التدبير سبباً في الحال على خلاف سائر التعليقات ، فإن فيها الشرط مانعاً لانعقاد ه سبباً في الحال ، لأن بعد الموت حال لبطلان الأهلية .

فـمتى قلنا إنه ينعـقـد سـبباً بعـد الموت ، احـتجنا إلى بقـاء الأهلية والموت ينافي الأهليـة ، فدعت الضـرورة إلى القـول بانعقـاده سببـاً في الحـال ، فتـأخر الحكم إلى ما بعـد الموت ، فـصار طريقه طريق الوصيـة ، فإن الوصيـة تنعقد سببـاً في الحال للخلافة بعد الموت ، وإذا ثبت القـول بانعقاده سبباً في البيع ، امتنع البيع كذا في« الإيضاح» م: (**والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى**) ش: بدليل أن المولى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضـا المكاتب ، إنما قـال : لازمة في حق المولى لأنها غير لازمة في حق المكاتب بقدرته على فسخ الكتابة .

م: (**ولو ثبت الملك بالبيع**) ش: أي بيع المكاتب م: (**لبطل ذلك كله**) ش: أي لبطل استحقاق اليد اللازمة م: (**فلا يجوز**) ش: وقـال الأترازي -رحمه الله - قوله لبطل ذلك كله ، أي لو صح بيع هؤلاء لبطل ما قلنا من المعاني وهي استحقاق أم الولد العتق ، وانعقاد سبب الحرية للمدبر في الحال واسـتحقاق المكاتب يداً على نفسه لازمة في حق المولى فلم يجـز بيعـهم ، لئـلا تبطل هذه المعاني انتهى كلامه ، ولهذا لو حلف لا يبيع فباع هؤلاء لا يحنث ذكره في «جامع المحبوبي» .

م: (**ولو رضي المكاتب بالبـيع**) ش: أي بيع نفسه م: (**ففيه**) ش: أي في جـوازه م: (**روايتان والأظهرالجواز**) ش: لأن عدمه كان لحقه فلما أسقط حقه برضاه ، انفسخت الكتابة وجاز البيع .

وروي في «النوادر» أنه لا يجـوز ، وللشـافـعي - رحـمـه الله - في بيع المكاتب قـولان أصـحـهـما أنه لا يجوز ، و به قـال مـالك وأحـمـد - رضي الله عنهـمـا - وقـال في القـديم : يجوز م: (**والمراد المدبر**) ش: أي المدبر الذى لا يجوز بيعه هو م: (**المطلق**) ش: وهو الذي علق عتقه بالموت من غير تعرض نصفة ، كقوله أنت حر بعد موتي أو إن مت فأنت حر م: (**دون المقيد**) ش: أي دون المدبر المقيد ، مثل قوله إذا قدمت من سفري هذا فأنت حر وإن مت من مرضي هذا فأنت حر ويباع المدبر المقيد بالإجماع .

وروى الكرخي -رحـمـه الله - عن زيد بن ثابت -رضي الله عنه - وابن عـمـر وشـريح

وفي المطلق خلاف الشافعي -رحمه الله- وقد ذكرناه في العتاق . قال: وإن ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري ، فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا : عليه قيمتهما ، وهو رواية عنه لهما أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونًا عليه كسائر الأموال ، وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع

وسعيد بن المسيب والشعبي وإبراهيم وعطاء وابن سيرين -رحمهم الله - أنهم قالوا : لا يباع المدبر إلا من نفسه ، وهو قول أصحابنا وسفيان الثوري ومالك -رحمه الله - .

م: (**وفي المطلق**) ش: أي في المدبر المطلق م: (**خلاف الشافعي** -رحمه الله - **وقد ذكرناه في العتاق**) ش: وعند الشافعي -رحمه الله - وأحمد وإسحاق -رحمهما الله - يجوز بيع المدبر ، لما روي أن رسول الله ﷺ باع المدبر . وجوابه ماروواه محمد بن الحسن -رحمه الله - في الأصل عن أبي جعفر -رحمه الله - أن رسول الله ﷺ إنما باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته[1] أو بقوله المراد منه المدبر المقيد.

م: (**قال : وإن ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: صورة المسألة في « الجامع الصغير» محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة -رحمه الله - فيمن باع أم ولده أو مدبره له فماتت في يد المشتري قال: لا ضمان عليه .

م: (**وقالا**) ش: أي أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - م: (**عليه**) ش: أي على المشتري م: (**قيمتهما ، وهو رواية عنه**) ش: أي قولهما رواية عن أبي حنيفة -رحمه الله -وهذا هو المعلوم من ظاهر كلام المصنف ، وقال الأكمل -رحمه الله- : هذا ليس على ظاهره بل الروايتان عنه في حق المدبر ، روى المعلى عن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب وأما في حق أم الولد فانتفت الروايات عن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا يقوم لماليتها . **قلت** : هذا من كلام السغناقي -رحمه الله- نقله الأكمل ، وقال الأترازي -رحمه الله - قال بعضهم في شرحه : فالروايتان عن أبي حنيفة -رحمه الله - في حق المدبر إلى آخر ما ذكره الأكمل وأراد الأترازي بقوله قال بعضهم السغناقي رحمه الله .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - م: (**أنه**) ش: أي أن كل واحد من المدبر وأم الولد م: (**مقبوض بجهة البيع**) ش: لأنهما يدخلان تحت العقد وماهو كذلك م: (**فيكون مضمونًا عليه**) ش: بالقيمة م: (**كسائر الأموال**) ش: المقبوضة على سوم الشراء م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى كونهما مقبوضين بجهة البيع م: (**لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع**) .

---

(١)سبق تخريجه .

حتى يملك ما يضم إليهما في البيع ، بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض، وهذا الضمان به وله أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع ، فصارا كالمكاتب ، وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما . وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما ، فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده ، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه ، كذا هذا .

ش: وأوضح ذلك بقوله م: (**حتى يملك ما يضم إليهما في البيع**) ش: بأن جمع بين قن وبين أحدهما وسمى الثمن صح البيع في القن بحصته من الثمن م: (**بخلاف المكاتب**) ش: جواب عما يقال : لو كان الدخول تحت البيع وتملك ما يضم إليه موجبان للضمان لكان في المكاتب كذلك وتقرير الجواب أن المكاتب يخالفه م: (**لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به**) ش: أي بالقبض وبحقيقته أن المدار هو القبض لا الدخول في العقد وتملك المضموم .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أن جهة البيع إنما تلحق بحقيقته**) ش: أي بحقيقة البيع م: (**في محل يقبل الحقيقة**) ش: أى حقيقة حكم البيع وهو الملك م: (**وهما**) ش: أي أم الولد والمدبر م: (**لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب**) ش: في كونه غير قابل للحقيقة أي حقيقة البيع وهو الملك م: (**وليس دخولهما في البيع**) ش: هذا جواب عن قولهما يدخلان تحت البيع ، وتقريره أنه ليس دخول أم الولد والمدبر في البيع م: (**في حق أنفسهما**) ش: لذاتهما بل ليفيد حكم البيع في المضموم إليهما وهو معنى قوله .

م: (**وإنما ذلك**) ش: أي دخولهما في البيع م: (**ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما، فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده**) ش: يعني لو اشترى مال نفسه لا يجوز م: (**وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه**) ش: أي فيما ضمه المشتري إلى عقده بأن باع عبده مع عبد البائع فاشتراهما المشتري دخل في البيع ليفيد الحكم في مال البائع حتى انقسم الثمن عليهما فصح البيع في مال البائع بحصته من الثمن .

م: (**كذا هذا**) ش: أي كذلك الحكم فيما نحن فيه يعني يثبت حكم الدخول في البيع في حق المضمون إليه وهو القن لا في حكم أم الولد والمدبر ، ثم اعلم أن قيمة المدبر ماذا ؟ فيه اختلاف المشايخ . قال في «الفتاوى الصغرى» : قال بعضهم : تمام قيمة القن وهذا غير سديد فإنه ذكر في المسألة يضمن ما نقصه التدبير ، وذكر الإمام علي السعدي في «فوائده» قيمته ثلثا قيمة القن وذكره خواهر زاده -رحمه الله- .

قال بعضهم: نصف قيمة القن وهكذا في فتاوى أبي الليث -رحمه الله- ، وبه يفتى ، وبعضهم قالوا : قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم هو مدة عمره من حيث الحرز والقن ، وما

قال :ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد ؛ لأنه باع ما لا يملكه ، ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد ؛ لأنه غير مقدور التسليم ، ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك .

قال خواهر زاده هو الأصح ، وعليه الفتوى إلى ها هنا كلام «الفتاوي الصغرى» .

م: (**قال**) ش: أي القدوري ، -رحمه الله - م: (**ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد ؛ لأنه باع ما لا يملكه**) ش: ولا خلاف فيه بين الأئمة الأربعة -رحمهم الله - م: (**ولا في حظيرة**) ش: أي ولا يجوز بيعه أيضًا في حظيرة كالحوض والبركة م: (**إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد ؛ لأنه غير مقدور التسليم**) ش: وفي «الجامع الصغير» محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة -رحمه الله - فيمن باع سمكة في حظيرة ولا يستطيع أن يخرجهن منها ، غير أنهن لا يؤخذون بغير صيد فالبيع فاسد ، وإن كن يؤخذن بغير صيد فالبيع جائز ، والمشتري بالخيار إذا رآهن .

قال فخر الإسلام : معنى المسألة إذا كان البائع أخذها ثم ألقاها في حظيرة ماء فكانت ملكًا له ، يعني معنى قول محمد -رحمه الله - يجوز بيع السمك إذا كان يؤخذ من غير صيد صح البيع لأنه باع ما يملكه وإليه أشار المصنف -رحمه الله - بقوله م: (**ومعناه إذا أخذه**) ش: أي السمك م: (**ثم ألقاه فيها**) ش: أي في الحظيرة .

م: (**ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز**) ش: وقال الفقية أبو الليث -رحمه الله - في «شرح الجامع الصغير» ذكر محمد بن الحسن - رحمه الله - في «المسائل الرقبانيات» : لو أن رجلاً اتخذ حظيرة في أرضه فدخل أينما اجتمع فيه السمك فقد ملك السمك وليس لأحد أن يأخذه ، ولو اتخذ لحاجة أخرى ، فمن اتخذ السمك فهو له .

قال : وكذلك الرجل حفر في أرضه حفيرة فوقع صيد فتكسر فإن اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له ، وقد ملكه ذلك للصيد إلا فهو لمن أخذه م: (**إلا إذا اجتمعت**) ش: استثناء من قوله جاز يعني لا يجوز بيع السمك إذا اجتمعت م: (**فيها**) ش: أي في الحظيرة م: (**بأنفسها**) ش: من غير اصطياد لها ، فإذا اجتمعت فيها باحتيال يجوز بيعها إذا كانت تؤخذ بغير صيد م: (**ولم يسد عليها المدخل**) ش: أي موضع دخول الماء ، وقيد به لأنه لو سد موضع الدخول حتى صار بحيث لا يقدر على الخروج فقد صار أخذًا له بمنزلة مالو وقع في شبكة فيجوز بيعه ، وإن لم يفعل ذلك لم يجز بيعه م: (**لعدم الملك**) ش: وصحة البيع بناء على صحة الملك .

وقال الأكمل : هذا الاستثناء منقطع لكونه مستثنى من المأخوذ الملقى في الحظيرة ، والمجتمع فيه بنفسه ليس بداخل فيه ، وفيه إشارة إلى أنه لو سد صاحب الحظيرة عليها ملكها أما بمجرد الاجتماع في ملكه فلا ، كما لو باض الطير في أرض إنسان أو خرجت فإنه لا يملك لعدم

قال : ولا بيع الطير في الهواء لأنه غير مملوك قبل الأخذ ، وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم . ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبلة .

الإحراز ، ولا يشكل بما إذا عسل النحل في أرضه فإنه يملك بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحترزه أو يهيء له موضعًا ، لأن العسل إذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار فصار كالشجر الثابت فيها بخلاف بيض الطير وفرخها، والسمك المجتمع بنفسه فإنها ليست على وجه القرار.

وفي «الحلية» وحكي عن عمر بن عبد العزيز وابن أبي ليلى - رحمه الله - جواز بيع السمك في بركة عظيمة وإن احتيج إلى مؤنة كثيرة ، وحكى أبو العباس هذا قولاً للشافعي - رضي الله عنه - .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا بيع الطير في الهواء**) ش: وفي بعض النسخ ولا يجوز بيع الطير في الهواء م: (**لأنه غير مملوك قبل الأخذ ، وكذا لو أرسله من يده**) ش: أي ولو كان الطير لأحد وأرسله من يده أو انتقلت منه فلا يجوز أيضًا وعلل الصورة بقوله : م: (**لأنه غير مقدور التسليم**) ش: والحاصل أن بيع الطير على ثلاثة أوجه : الأول بيعه في الهواء قبل أن يصطاده، والثاني : بيعه بعد أخذه وأرسله من يده ، والثالث : بيع طير يذهب ويجيء كالحمام فالكل لا يجوز.

وذكر في «فتاوى قاضي خان » : وإن باع طيراً لدى الهواء إن كان ذا جناح يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه وإلا فلا ، وقال الأترازى - رحمه الله - وكان صاحب الهداية اختار هذا حيث قال قريبًا من ورقة، والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمه جاز بيعها لأنه مقدور التسليم.

م: (**ولا بيع الحمل**) ش: أي الجنين م: (**ولا النتاج**) ش: أي ولا بيع النتاج وهو حبل الحبل م: (**لنهي رسول الله ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبلة**) ش: هذا غريب بهذه اللفظة وفيه أحاديث :

روى عبد الرزاق - رحمه الله - في «مصنفه» : أخبرنا محمود بن عيينة عن أيوب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر -رضي الله عنهما- عن النبي ﷺ أنه نهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة ، قال : والمضامين ما في أصلاب الإبل ، والملاقيح ما في بطونها وحبل الحبلة ولد ولد هذه الناقة .

وروى الطبراني في معجمه من حديث ابن عباس -رضي الله عنهما - أن النبي ﷺ نهى عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة، ورواه البزار - رحمه الله - مرفوعًا نحوه عن أبي هريرة- رحمه الله - ،وأخرجت الستة من حديث نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما - أن

لأن فيه غرراً. قال : ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ ، ولأنه ينازع في كيفية الحلب وربما يزداد ، فيختلط المبيع بغيره . قال : ولا الصوف على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان ، ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع بغيره ، بخلاف القوائم

النبي ﷺ نهى عن بيع حبل الحبلة والحبل بفتح الباء الموحدة يطلق ويراد به المصدر ويراد به الاسم ، كما يقال له الحمل أيضًا ، وأما دخول تاء التأنيث في الحبلة فقال أبو عبيد - رحمه الله- «في غريب الحديث» إنما دخلت عليه للإشعار بالأنوثة فيه ، وقيل : إن الهاء فيه للمبالغة كما في صخرة .

وقال شيخنا في شرح الترمذي : ويحتمل أن يكون جمع حابلة ، فقد حكى صاحب المحكم امرأة حابلة من نسوة حبلة ، وروى بعض الفقهاء حبلة بكسر الباء ولم يثبت ، م: **(ولأن فيه غرراً)** ش: أي ولأن في بيع الحمل والنتاج غرراً أي خطرًا الذى لا يدري ليكون أم لا م: **(قال: ولا اللبن)** ش: يجوز بالرفع والجر على حذف المضاف وإثباته تقديراً ، أي لا يجوز بيع اللبن م: **(في الضرع)** ش: وبه قال: الشافعي وأحمد - رحمه الله - وقال مالك : يجوز أيامًا معلومة إذا عرف قدر حلابها ، ويكون التسليم بالتخلية كالثمار على رؤوس الشجر .

وقال الحسن البصري - رحمه الله - : يجوز في الزمان المعروف لإمكان تسليمه ، وعلل المصنف - رحمه الله - عدم جوازه بوجوه ثلاثة :

الأول: قوله : م: **(للغرر)** ش: وقد نهي عن الغرر م: **(فعساه انتفاخ)** ش: أي فعل الضرع منتفخ فيظن لبنًا وهو الغرور .

والثاني: وهو قوله : م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن المشتري م: **(ينازع)** ش: على صيغة المجهول م: **(في كيفية الحلب)** ش: فإن المشتري يستقضي في الحلب والبائع ينازعه ويطالبه بأن يترك أوعية اللبن .

والثالث : وهو قوله: م: **(وربما يزداد)** ش: اللبن ساعة فساعة م: **(فيختلط المبيع بغيره)** ش: على وجه يتعذر تميزه ويبطل البيع ، م: **(قال : ولا الصوف)** ش: أي ولا يجوز بيع الصوف حال كونه م: **(على ظهر الغنم)** ش: وبه قال الشافعي وأحمد وقال مالك والليث بن سعد -رحمهم الله- : يجوز بشرط الجر لإمكان تسليمه م: **(لأنه من أوصاف الحيوان)** ش: جعل الصوف وصفًا لأنه تبع للحيوان فلما كان تبعًا لم يجز جعله مقصوداً بإيراد العقد عليه .

م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن الصوف م: **(ينبت من أسفل)** ش: بالضم على البناء لأنه أحد الجهات الست م: **(فيختلط المبيع بغيره)** ش: لأنه يزداد ساعة فساعة م: **(بخلاف القوائم)** ش: هذا جواب عما يقال القوائم متصلة بالشجر وجاز بيعها ، فأجاب بقوله : بخلاف القوائم أي القوائم

لأنها تزيد من أعلى ، وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه ، والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع ، وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم ، وعن لبن في ضرع ، وسمن في لبن ،

الخلاف ، م: (**لأنها تزيد من أعلى**) ش: فلا يلزم الاختلاط حتى لو ربطت خيطًا في أعلاها وتركت أيامًا يبقى الخيط أسفل مما في رأسها الآن ، وإلا على ملك المشتري .

وما وقع من الزيادة وقع على ملكه ، وكان الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل يقول : الصحيح عندي أن بيع قوائم الخلاف لا يجوز ، وإن كان ينمو من أعلاه لموضع القطع مجهول .

م: (**وبخلاف القصيل**) ش: هذا أيضًا جواب عما يقال القصيل ، كالصوف وجاز بيعه ، فأجاب بخلاف القصيل فإن بيعه يجوز ، م: (**لأنه يمكن قلعه**) ش: يعني إن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع ، وفي «الفتاوى الصغرى» وبيع الكراث يجوز وإن كان ينمو من أسفله للتعامل م: (**والقطع في الصوف متعين**) ش: يريد بهذا بيان الفرق بين بيع الصوف على ظهر الشاة وبين بيع القصيل ، يعني أن بيع القصيل يجوز لأن القلع فيه معتاد كالقطع فلا يقع التنازع في موضع القطع لا محالة ، والقطع من الصوف متعين معتاد بين الناس والقلع فيه وهو نتفه ليس بمعهود بين الناس م: (**فيقع التنازع في موضع القطع**) ش: .

فلا يجوز بجهالة موضع القطع م: (**وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن**)(1) ش: روي هذا الحديث موقوفًا ومرفوعًا ومسنداً ومرسلاً فالمرفوع المسند رواه الطبراني في معجمه حدثنا عثمان بن عمر الضبي حدثنا حفص بن عمر الحوضي حدثنا عمر بن فروخ حدثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس- رضي الله عنه - قد نهى رسول الله ﷺ أن يباع ثمرة حتى تطعم ولا يباع صوف على

---

(١) ضعيف: رواه الطبراني في الأوسط (٤/ ١٠١) ، قال: حدثنا عثمان بن عمر الضبي قال : ثنا حفص بن عمر الحوضي قال : ثنا عمر بن فروخ -صاحب الأقتاب ، قال : ثنا حبيب بن الزبير عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعًا . ثم قال : لم يرو هذا الحديث عن حبيب بن الزبير إلا عمر بن فروخ ولا يروى هذا اللفظ « ولا صوف على ظهر ولا لبن في ضرع» ، عن رسول الله ﷺ إلا بهذا الإسناد، ومن طريق الطبراني أخرجه الدارقطني (٣/ ١٤) . وأخرجه الدار قطني من طريق قرة بن سليمان عن عمر بن فروخ حدثني حبيب بن الزبير عن عكرمه عن ابن عباس موقوفاً . رواه كذلك من طريق سفيان عن أبي إسحاق عن عكرمة عن ابن عباس موقوفًا . وأخرجه من طريق وكيع ثنا عمر بن فروخ سمعه من حبيب بن الزبير عن عكرمة . . . . مرسلاً .

قلت: وهذا اضطراب من عمر بن فروخ فإنه كان يهم في الحديث . وأبو إسحاق قد رواه عن عكرمة عن ابن عباس موقوفًا ، وأبو إسحاق أجل وأحفظ من عمر بن فروخ .

وهو حجة على أبي يوسف في هذا الصوف ، حيث جوز بيعه ، فيما يروى عنه . قال : وجذع في السقف ، وذراع من ثوب ، ذكر القطع أو لم يذكره ؛ لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر، بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة ؛ لأنه لا ضرر في تبعيضه ،

ظهر ولا لبن في ضرع .

وأخرجه الدارقطني ثم البيهقي في سننيهما عن عمر بن فروخ وقال الدارقطني -رحمه الله- : وأرسله وكيع عن عمر بن فروخ ثم أخرجه عن وكيع عن عمر بن فروخ مرسلاً لم يذكر ابن عباس - رضي الله عنه -وقال البيهقي : تفرد به معه عمر بن فروخ وليس بالقوي .

فقلت : نقل الذهبي توهين عمر بن فروخ عن أبي داود وابن معين وأبي حاتم ، وأما المرسل فرواه أبو داود في مراسيله عن محمد بن العلاء عن ابن المبارك عن عمر بن فروخ عن عكرمة عن النبي ﷺ ولم يذكر ابن عباس - رحمه الله -ولا حبيب بن الزبير .

ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه بسنده عن عكرمة عن النبي ﷺ أنه نهى أن يباع لبن في ضرع أو سمن في لبن م: (**وهو حجة**) ش: أي الحديث المذكور حجة م: (**على أبي يوسف في هذا الصوف**) ش: أي في الصوف على ظهر الغنم وإنما قيد بقوله في هذا الصوف احترازًا عن الصوف المجذوذ فإنه يجوز بيعه على جميع الروايات م: (**حيث جوز بيعه فيما يروى عنه**) ش: أي حيث جوز أبو يوسف - رحمه الله - بيع الصوف على ظهر الغنم فيما يروى عنه من ذلك ، ووجهه أنه باع مالاً منتفعًا به مقدور التسليم في الحال ، وذكر محمد - رحمه الله - في الصلح لو صالح على صوف على ظهر الغنم جاز لأنه مستباح الأخذ منه قبل الذبح فجاز بيعه والصلح فيه كالقصل في الأرض .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وجذع في السقف ، وذراع من ثوب**) ش: يجوز الرفع والجر في إعراب الجذع والذراع على ما تقدم أي لا يجوز بيع جذع حال كونه في سقف ولا بيع ذراع من ثوب والمراد به ثوب يضره القطع كالعمامة والقميص والسراويل أما في الثوب الذي لا يضره القطع يجوز بيع ذراع منه كالكرباس ، ويجوز بيع قفيز من صبرة كذا ذكره الإمام المحبوبي ، وفي «الإيضاح» وكذا لو باع حلية من سيف لأنه لا يتخلص إلا بضرر أو نصف ذراع لم يدرك لأنه لا يمكن تسليمه إلا بقطع جميعه .

وكذا لو باع نصيبه من ثوب مشترك من غير شريكه وكذا لو باع ذراعًا من خشبة م: (**ذكر القطع أو لم يذكره**) ش: يعني سواء ذكر موضع القطع من الثوب أو لم يذكره م: (**لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر**) ش: لا يقال إنه رضي بهذا الضرر حيث التزم ذلك لأن التزامه بدون العقد غير معتبر والعقد لم يوجبه عليه م: (**بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعيضه**)

ولو لم يكن معينًا لا يجوز لما ذكرنا ،وللجهالة ، أيضًا ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري ، يعود صحيحًا ؛ لزوال المفسد ، بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحًا ، وإن شقهما وأخرج المبيع ؛ لأن في وجودهما احتمالاً ، أما الجذع فعين موجود .قال: وضربة القانص ، وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً .

ش: أي الجذع أو الذراع م: (**ولو لم يكن معينًا لا يجوز لما ذكرنا**) ش: وهو أنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر .

م: (**وللجهالة أيضًا**) ش: أي ولجهالة المبيع أيضًا ، ولا خلاف لأحد أن جهالة المبيع يمنع الجواز م: (**ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري**) ش: البيع م: (**يعود**) ش: البيع م: (**صحيحًا لزوال المفسد**) ش: فزال المانع م: (**بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البذر**) ش: أي أو باع البذر لأن في وجودهما احتمالاً ، أي في وجوده م: (**في البطيخ حيث لا يكون صحيحًا ، وإن شقهما**) ش: أي التمر والبطيخ م: (**وأخرج المبيع**) ش: وهو النوى أو البذر م: (**لأن في وجودهما احتمالاً**) ش: أي في وجود النوى في التمر والبذر في البطيخ ، احتمالاً يعني يجوز أن يكون في زمان البيع .

م: (**أما الجذع فعين موجود**) ش: ومحسوس ولا احتمال فيه ،وفيه إشارة إلى تمام الفرق بين البذر والنوى والجذع المعين في السقف فإن الجذع معين موجود ، والبذر والنوى ليس كذلك والبذر بكسر الباء وفتحها بذر البقل وغيره .

فإن قيل: إذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ، ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها وسلمه لا ينقلب المبيع جائزاً ، وإن كان الجلد عينًا موجودة كالجذع في السقف، وكذا بيع كرشها وأكارعها .

أجيب : بأن البيع وإن كان موجوداً فيه لكنه متصل بغير انفصال خلقةً فكان متابعًا فكان العجز عن التسليم هناك معنى أصليًا لأنه اعتبر عاجزاً حكمًا لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد ، وأما العجز فإنه عين مال نفسه وإنما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد والعجز عن التسليم حكمي لما فيه من إفساد لما هوغير مستحق بالعقد فإذا أقلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله -: م: (**وضربة القانص**) ش: أي لا يجوز بيع ما يخرج من ضربة القانص أي الصياد بالشبكة ، ولا خلاف فيه لأحد ، وفسر المصنف ضربة القانص بقوله: م: (**وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً**) ش:

قال : وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله خرصًا ؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة والمحاقلة .

لأنه يحتمل أن يحصل بشيء من الضربة ويحتمل أن لا يحصل ، والقانص اسم فاعل من قنض يقنض قنضًا إذا صاد من ضرب يضرب ، وروي في «تهذيب الأزهري» أن النبي ﷺ نهى عن ضربة الغاصي بالغين المعجمة ، والياء آخر الحروف وهو الغواص على اللآلي ، وكذلك ذكر الزمخشري في الفائق وفسر بقوله هي أن يقول للتاجر أغوص غوصة فما أخرجته فهو لك بكذا وهذا هو الصحيح والمعنى فيهما واحد وهو أنه بيع المجهول ولأنه معدوم في الحال .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(وبيع المزابنة)** ش: وهو عطف على ما ذكر قبل هذا بقوله ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصاد ، وكذا قاله الأترازي - رحمه الله -فيه تعسف تقدير ولا يجوز بيع المزابنة عطفًا على ما قبله ويجوز فيه الرفع والجر أيضًا كما تقدم .

قال الأترازي : بيع الثمر بالثاء المثلثة بثمر مجذوذ بالثاء المثلثة من فوق ، كذا وقع سماعنا مراراً بفرغانة وبخارى وذلك لأن ما على النخل قد يكون رطبًا وقد يكون تمراً إذا جف فقلنا بالمثلثة حتى يعينها جميعًا ، والثالث من حال المجذوذ أن يكون تمراً فقلنا بالمثناة من فوق ولو رويا بالمثلثة فيهما حتى يعينها جميعًا أو بالمثناة فيها جميعًا ، فالحكم كذلك لأن بيع المزابنة لا يجوز كيف ما كان لشبهة الربا سواء كان الرطب بالرطب أو التمر بالتمر أو أحدهما بالآخر .

وفسر المصنف - رحمه الله - المزابنة بقوله : م: **(وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ)** ش: أي مقطوع م: **(مثل كيله خرصًا)** ش: أي من حيث الخرص وهو نصب على التمييز من مثل كيله، يقال : خرص النخل خروصًا فيها من باب نصر ينصر كذا في «المغرب » ، وفسر القدوري - رحمه الله -المزابنة بقوله وهو بيع التمر على النخل بخرصه تمراً والمزابنة لغة المدافعة من الزبن وهو الدفع وسمي هذا النوع من البيع بها لأنها تؤدي إلى النزاع والتدافع لأنها مبنية على التخمين والغبن فيها مما يكثر ، فيريد المغبون دفعه والغابن إمضاءه فيتدافعان م: **(لأنه عليه الصلاة والسلام)** ش: أي لأن النبي ﷺ م: **(نهى عن المزابنة والمحاقلة)** ش: ، روي هذا عن جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم .

وروى البخاري ومسلم من حديث جابر بن عبد الله قال نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة ، زاد في مسلم في لفظ : وعن الثنية إلا أن يعلم ، وأخرجا أيضًا من حديث أبي سعيد الخدري - رحمه الله -قال : نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة ، والمزابنة شراء التمر في رؤوس النخل والمحاقلة اكتراء الأرض .

وأخرج البخاري أيضًا من حديث ابن عباس- رضي الله عنه - قال : نهى النبي ﷺ عن

فالمزابنة ما ذكرنا ، والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصًا ، ولأنه باع مكيلاً بمكيل من جنسه ، فلا يجوز بطريق الخرص ، كما إذا كانا موضوعين على الأرض ، وكذا العنب بالزبيب على هذا . وقال الشافعي-رضي الله عنه-:يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا ، وهو أن يباع بخرصها تمرًا فيما دون خمسة أوسق .

المحاقلة والمزابنة وأخرج أيضًا من حديث أنس - رضي الله عنه - قال: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة والمزابنة.

وأخرج مسلم من حديث أبي هريرة أن النبي ﷺ : نهى عن المزابنة والمحاقلة وأخرجه الترمذي أيضًا عن أبي هريرة نحوه. ثم قال : وفي الباب عن ابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وسعد وجابر ورافع بن خديج وأبي سعيد - رضي الله عنهم - .

قلت: حديث ابن عمر عند الشيخين ، والثاني وحديث زيد عند الترمذي، وحديث أبي سعيد عند أبي دامه والنسائي، وحديث رافع بن خديج عند الستة م: (**فالمزابنة ما ذكرنا ، والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصًا**) ش: وبه قال الشافعي ، وأحمد رضي الله عنهما ، وقال مالك: المحاقلة هي اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها من الثلث أو الربع أو غيرهما.

وفي «الفائق» : الجعل القراح من الأرض وهي الطيبة التربة الخالصة من شائب النسج الصالحة للزرع ومنه حقل بحقل إذا زرع ، والمحاقلة مفاعلة من ذلك وهي المزارعة بالثلث والربع وغيرهما ، وقيل: هي اكتراء الأرض بالبر ، وقيل: بيع الطعام في سنبله بالبر . وقيل: بيع الزرع قبل إدراكه إلى هاهنا لفظ «الفائق» ، وجاء في أمثالهم ينبت البقلة إلا الحقلة . م: (**ولأنه باع مكيلاً بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص**) ش: لاحتمال الربا م: (**كما إذا كانا موضوعين على الأرض**) ش: وباع أحدهما بالآخر خرصًا م: (**وكذا العنب بالزبيب**) ش: أي وكذا لا يجوز بيع العنب بالزبيب م: (**على هذا**) ش: أي على الحكم المذكور وهو ما إذا كانا موضوعين على الأرض فبيع أحدهما بالآخر خرصًا لاحتمال الربا م: (**وقال الشافعي -رضي الله عنه - : يجوز**) ش: أي شراء التمر بتمر مجذوذ على الأرض خرصًا م: (**فيما دون خمسة أوسق**) ش: ولا يجوز فيما زاد عليها قولاً واحداً ، وبه قال أحمد - رحمه الله - وفي قدر خمسة أوسق ،له قولان في قول يجوز وهو منقول المزني عن الشافعي - رضي الله عنه - وفي قول : لا يجوز وهو مختار المزني وهو مذهب أحمد - رحمه الله -والأول هو الأظهر عند صاحب «الوجيز».

م: (**لأنه عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لأن النبي ﷺ م: (**نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو أن يباع بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق**) ش: حديث المزابنة قد تقدم وحديث العرايا أخرجه البخاري ومسلم عن داود بن الحصين عن أبي سفيان عن أبي هريرة - رضي الله عنه - ،

....

أن النبي ﷺ رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق ، شك داود فقال : دون خمسة أوسق ، والعرايا جمع عرية وهي النخلة التي عريها الرجل محتاجًا أي أن يجعل له ثمرتها فرخص للمعري أن يبتاع ثمرتها من العري بتمر لموضع حاجته بسبب عرية لأنه إذا وهب ثمرتها فكأنه جردها من الثمرة وعراها منه ، ثم اشتق منه الإعراء كذا قاله في «الفائق» ، والكلام في العرايا كثير وقد وضع الطحاوي لها بابًا ، فقال : باب العرايا ، وقد بسطت الكلام فيه في شرحنا له .

فأول ما قلت : العرية فعلية ، بمعنى مفعولة من عراه يعروه إذا قصده ويحتمل أن يكون فعلية ، بمعنى فاعلة من عري يعري إذا خلع ثوبه كأنها عريت من جملة التحريم ، فعريت أي خرجت ، وذكر الطحاوي بطرق مختلفة كلها تدل على صحة العرايا ، حتى قال الطحاوي : قد جاءت هذه الآثار عن رسول الله ﷺ وتواترت في الرخصة في بيع العرايا ، فقبلها أهل العلم جميعًا ولم يختلفوا في صحة مجيئها ولكن تنازعوا في تأويلها ، فقال قوم : العرايا أن يكون الرجل له نخلة أو نخلتان في وسط النخيل الكثير لرجل آخر وقد كان أهل المدينة إذا كان وقت الثمار خرجوا بأهليهم إلى حوائطهم فيجيء صاحب النخلة أو النخلتين بأهله فيضر ذلك بصاحب النخيل الكثير ، فرخص رسول الله ﷺ لصاحب النخل الكثير أن يعطي لصاحب النخلة أو النخلتين بخرص ماله من ذلك ثمر لينصرف هو وأهله عنه ويخلص تمر الحائط كله لصاحب النخل الكثير ، فيكون هو وأهله فيه .

وقد روي هذا القول عن مالك بن أنس .

قلت : وروي أيضًا عن الأوزاعي -رحمه الله - وسعيد بن جبير - رحمه الله- . وقال قوم مثل هذا ، إلا أنهم خصوا بذلك المساكين يجعل لهم تمر النخل فيصعب عليهم القيام عليها ، فأبيح لهم أن يبيعوه بما شاءوا من التمر ، وهذا قول سفيان بن حسين وسفيان بن عيينة ، وأحمد ابن حنبل -رحمهم الله - وقال قوم : العرية الرجل يعري النخلة أو يستثني من ماله النخلة أو النخلتين بأكلها ، فيبيعها بمثل خرصها ، وهو قول عبد العزيز بن سعيد الأنصاري -رحمه الله- .

وقال قوم : العرية أن يأتي أوان الرطب ، وهنالك قوم فقراء لا مال لهم ، ويريدون ابتياع رطب يأكلونه مع الناس ولهم فضول تمر من أموالهم ، فإنه لهم أن يشتروا الرطب بخرصها فيما دون خمسة أوسق ، وهو قول الشافعي -رضي الله عنه- وأبي ثور ، ولا عرية عندهما في غير النخلة و العنب ، وقال الطحاوي -رحمه الله- : وكان أبو حنيفة - رحمه الله - يقول فيما سمعت أحمد بن عمران يذكر أنه سمع ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة -رحمه الله -

قلنا: العرية: العطية لغة، وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجذوذ، وهو بيع مجازًا لأنه لم يملكه فيكون برءًا مبتدأ

قال: يعني ذلك عندنا أن يعري الرجل الرجل تمر نخلة من نخله فلم يسلم ذلك إليه حتى يبدو له، فرخص له أن يحبس ذلك. ويعطيه مكانه بخرصه تمرًا وكان هذا التأويل أشبه وأولى مما قال مالك -رحمه الله- لأن العرية إنما هي العطية، ألا ترى إلى الذي مدح الأنصار كيف مدحهم، إذ يقول:

ليست بسنها ولا رجبية لكن عرايا في السنين الجوائح

أي: إنهم كانوا يعرونها في السنين الجوائح، فلو كانت العرية كما ذهب إليه مالك إذا لما كانوا ممدوحين بها إذا كانوا يصلحون كما يعطون، ولكن العرية بخلاف ذلك.

قلت: هذا الشعر لسويد بن الصامت من شعر: الأنصار.

يقال: نخلة سنها، وهي التي تحمل سنة وتحول سنة فلا تحمل وذلك عيب في النخل والرجبية بضم الراء وفتح الجيم وفتح الباء الموحدة وتشديد الياء آخر الحروف، وهي النخلة التي ترجب أي يبنى حولها جدار لتعتمد عليه، والجوائح جمع جائحة وهي الشدة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة، وجاح الله ماله وأجاحه ماله واجتاحه على واحد، أي أملكه بالجائحة.

قوله: أن تباع بخرصها تمرًا منصوب على التمييز من بخرصها فإن قوله: أن تباع مسندًا إلى ضمير يرجع إلى التمر الذي على رأس النخل، لأن الكلام فيه وأنت ضميره البارز في تخرصها على أنه جمع الثمرة، وفي مثله يجوز التذكير والتأنيث فكان تقديره، وهو أن يبيع العرايا، أن يباع التمر الذي على رأس النخل بخرصها تمرًا مجذوذًا بمثله خرصًا، قوله: أوسق جمع وسق بفتح الواو وهو ستون صاعًا وهو ثلاثمائة وعشرون رطلاً عند أهل الحجاز وأربعمائة وثمانون رطلاً عند أهل العراق على اختلافهم في مقدار الصاع والمد م: (**قلنا: العرية: العطية لغة**) ش: يعني العرية التي فيها الرخصة معناها في اللغة العطية دون البيع.

م: (**وتأويله**) ش: أي تأويل قوله: ورخص في العرايا م: (**أن يبيع المعرى له**) ش: أي الغرض م: (**ما على النخيل من المعري**) ش: بكسر الراء م: (**بتمر مجذوذ**) ش: أي مقطوع م: (**وهو بيع مجازًا**) ش: نظرًا إلى الصورة، حيث أعطي في مقابله شيء تحرزًا عن الخلف فألقت أن ذلك كان على خمسة أوسق، فظن الراوي أن اختصار الرخصة على ذلك المقدار م: (**لأنه لم يملكه**) ش: أي لأن المعري لم يملك التمر الذي على رؤوس النخل لأنه لم يقبضه فكيف يكون بيعًا م: (**فيكون برءًا مبتدأ**) ش: أي يكون أعطى العري بكسر الراء التمر المجذوذ برًا ابتداء لا بيعاً له، قال تاج الشريعة -رحمه الله: لأنه أعطى شجرة، وقال: كل من ثمارها ثم أعط مثل ما كان على

النخل يستقطع دخوله في البستان ، وصار كما إذا اشترى المولى من عبده شيئًا فأعطاه الثمن فيكون برًا ابتداء بالإشراء .

فإن قلت: صرح .

قلت: في حديث زيد بن ثابت الذي أخرجه الترمذي أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا فدل سياق الحديث أن المراد من العرايا بيع تمر بتمر أجيب : بأن القرآن في النظم لا يدل على القران في الحكم ، وقد يقرن الشيء بالشيء وحكمهما مختلف .

فإن قلت: جاء في حديث جابر أخرجه الطحاوي عن المزني عن الشافعي عن سفيان عن ابن جريج عن جابر بن عبد الله -رضي الله عنه - قال : نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة، إلا أنه رخص في العرايا . وأخرجه مسلم بأكثر منه ، والاستثناء من البيع يدل على أن العرية هي البيع حملاً للاستثناء على الحقيقة لأنه الأصل فيه .

أجيب : بأنه على ذلك التقدير ينافي قوله عليه الصلاة والسلام : « **التمر بالتمر مثلاً بمثل** » والمشهور قاض عليه .

فإن قلت: في حديث أبي هريرة -رضي الله عنه - رخص في بيع العرايا فيما دون خمسة أوسق، وهذا دليل على أنه بيع لأنه ينفي حكم ما فوق الخمسة ، ولو لم يكن المراد البيع لم ينتف حكم الرخصة فيما فوقها .

أجيب : بأنه لا نسلم أنه ينفي ذلك لأن تخصيص الشيء بالشيء ، لا يدل على نفي ما عداه، وفائدة التخصيص في الخمسة لما أنهم كانوا يعرون في هذا القدر، ولم يدل على نفي ما وراء ذلك ، وقد ذكرنا عن قريب أن الراوي ظن اختصار الرخصة على ذلك .

وقال الأترازي : **فإن قلت:** إن كان الأمر على ما ذهب إليه أبو حنيفة -رحمه الله- من تفسير العرايا فما فائدة الرخصة فيها حينئذ .

قلت : فائدته ما روينا من« مختصر الطحاوي» وهو حصول الطيب للمعري، والمعرى وخروج المعرى من حكم الخلاف في الوعد، وخروج العرى من حكم من أخذ عوضًا من شيء لم يملكه.

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله : م: (**ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر والمنابذة والملامسة**) ش: وفي بعض النسخ ، ذكر قوله : والمنابذة بعد قوله والملامسة .

قلت: هذا هو الأصح ، لأنه قال بعد ذلك م: (**وهذه بيوع**) ش: أشار بها إلى البيع بإلقاء

كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان على سلعة -أي يتساومان -فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع ، أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع ،

الحجر والملامسة والمنابذة ، وكذا في نسخة شيخنا العلاء -رحمه الله- م: (**كانت في الجاهلية ، وهو أن يتراوض الرجلان**) ش: وفي «المغرب» المراوضة المداراة والمخاتلة كفعل الرائض مع الريض ، ومنها بيع المراوضة بيع المعاوضة عن الأزهري لأنه لا يخلق عن مداراة ومخاتلة وفي الإجارات ، البائع والمشتري إذا تراوضا السلعة ، أي تدار ما فيها وترك حرف الجر فيه نظر م: (**على سلعة**) ش: متعلق بقوله : يتراوض .

وفسر قوله : يتراوض الرجلان بقوله م: (**أي يتساومان**) ش: من التساوم من السوم ، يقال: سام البائع السلعة ، أي عرضها وذكر ثمنها وسامها المشتري، بمعنى استامها ، ومنه : لا يسوم الرجل على سوم أخيه ، أي لا يشتري، كذا في المغرب م: (**فإذا لمسها**) ش: أي السلعة م: (**المشتري أو نبذها**) ش: أي ألقاها م: (**إليه**) ش: أي إلى المشتري م: (**البائع ، أو وضع المشتري عليها**) ش: أي على السلعة م: (**حصاة لزم البيع**) ش: وفي «شرح الوجيز» : للملامسة ثلاث تأويلات :

أحدها : أنه يأتي بثوب مطوي، أو في ظلمة فيلمسه المستام ، فيقول صاحبه بعتك هذا بكذا بشرط أن يقوم المسك هذا مقام نظرت ، ولا خيار لك إذا رأيته ، فهو تأويل الشافعي -رحمه الله-- في «المختصر»، وهذا البيع باطل .

والثاني : أن يجعلا نفس اللمس بيعًا بأن يقول البائع للمشتري : إذا لمست ثوبي فهو مبيع، وهذا باطل لما فيه من التعليق .

والثالث : أن يبيعه شيئًا على أنه متى يلمسه فقد وجب البيع وسقط خيار المجلس وهو فاسد أيضًا .

وللمنابذة ثلاث تأويلات أيضًا :

أحدها : أن يجعل نفس نبذ الثوب بأن يقول : انبذ ثوبي إليك وتنبذ ثوبك إلي ، على أن كل واحد بالآخر .

والثاني : تأويل الشافعي - رضي الله عنه - في «المختصر»: أن يقول : بعتك هذا بكذا على أني إذا نبذته إليك فقد وجب البيع .

والثالث : أن المراد منه نبذ الحصاة ، وهو أن يقول : بعتك ثوبًا من هذه الأثواب وأرمي به الحصاة فعلى أيها وقعت فهو المبيع ، أو يقول : بعتك هذا هكذا على أنك بالخيار إلى أن ترمي بهذه الحصاة فالبيع باطل في الكل .

فالأول بيع الملامسة ، والثاني بيع المنابذة ، والثالث إلقاء الحجر ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الملامسة والمنابذة .ولأن فيه تعليقًا بالخطر . قال : ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ، ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء ، جاز البيع استحسانًا ، وقد ذكرناه بفروعه . قال: ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها ، والمراد به الكلأ .

م: (**فالأول : بيع الملامسة ، والثاني : بيع المنابذة ، والثالث : إلقاء الحجر، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الملامسة والمنابذة**) ش: وقد مر هذا عن قريب من حديث أنس -رضي الله عنه - وغيره ، والمنابذة تتناول الكل .

وقال الأكمل -رحمه الله- : وعبارة الكتاب تشير إلى أن المنهي عنه منع الملامسة والمنابذة وبيع إلقاء الحجر ملحق بهما ، لأنه في معناهما .

قلت: قد جاء في حديث أخرجه مسلم والأربعة عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال : «**نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وبيع الحصاة** » وما وقف الأكمل -رحمه الله- على هذا الحديث ، فلذلك اقتصر على الكلام الذي قاله .

م: (**ولأن فيه**) ش: أي ولأن في كل واحد من هذه البيوع م: (**تعليقًا**) ش: أي تعليق التمليك م: (**بالخطر**) ش: وفي «المغرب»، الخطر : الإشراف على الهلاك ، قالت الشراح : وفيه معنى القمار لأن التمليك لا يحتمل التعليق لإفضائه إلى معنى القمار .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ، ولو قال على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحسانًا**) ش: والقياس أنه لا يجوز ، وبه قال: زفر والشافعي -رضي الله عنهما - ، وقال الكاكي : وكذا عبد من عبدين ولا خلاف فيه لأحد حتى إذا قبضهما وماتا ، يضمن نصف قيمة كل واحد، لأن أحدهما مضمون بالقيمة لأنه مضمون بحكم البيع الفاسد، والآخر أمانة ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ، فشاعت خيار الأمانة والضمان م: (**وقد ذكرناه بفروعه**) ش: أي في باب خيار الشرط .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها**) ش: وفسر المصنف قول محمد هذا بقوله م: (**والمراد به الكلأ**) ش: أي المراد بالمراعي إطلاقًا لاسم المحل على الحال، والكلأ واحد الأكلاء وهو كل ما رعته الدواب من الرطب واليابس، كذا في «المغرب» ، وروي أن الكلأ ليس له ساق من الحشيش .

وقيل : ما له ساق وما ليس له ساق فهو كلأ ، وإنما فسر المصنف المراعي بالكلأ ، لأن لفظ المرعى يقع على موضع الرعي وهو الأرض، وعلى الكلأ وعلى مصدر رعي ولو لم يفسر بذلك لتوهم أن بيع الأرض وإجارتها لا يجوز وهو غير صحيح ، لأن بيع الأرض وإجارتها صحيح

أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث ، وأما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح ، ولو عقدت على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى .

سواء كان فيه الكلأ أو لم يكن .

م: (**أما البيع**) ش: أي أما عدم جواز بيع الكلأ غير المحرز م: (**فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث**) ش: وهو ما رواه الطبراني في معجمه ، بإسناده عن ابن عمر -رضي الله عنهما- قال : قال رسول الله ﷺ : « **المسلمون شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار**» رواه ابن ماجة من حديث ابن عباس -رضي الله عنهما - قال : قال رسول الله ﷺ : « **المسلمون شركاء في ثلاث : الماء والكلأ والنار ، وثمنه حرام** »[1] . وفي سنده عبد الله بن خراش وهو ضعيف ضعفه أبو زرعة ، وعن البخاري : أنه منكر الحديث .

ورواه أبو داود في سننه عن رجل من الصحابة نحو رواية الطبراني م: (**وأما الإجارة**) ش: أي عدم جواز الإجارة م: (**فلأنها**) ش: أي الإجارة م: (**عقدت على استهلاك عين مباح**) ش: فلا يجوز م: (**ولو عقدت**) ش: أي الإجارة م: (**على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى**) ش: يعني عدم جواز الإجارة على عين مباح بالطريق الأولى في عدم الجواز ، لأن محل الإجارة المنافع لا الأعيان باتفاق الفقهاء ، إلا إذا كانت آلة الإقامة لعمل المستحق بالإجارة كالصبغ واللبن في استئجار الصباغ والطير ، لأن اللبن آلة للحضانة والطورة والصبغ آلة للصباغ ، ولم يذكر أن إجارة الكلأ وقعت فاسدة أو باطلة .

وذكر في الشرب أنها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض وينفذ تمتعه فيها ، وقالوا : معنى شركتهم فيها أن لهم الانتفاع بضوء النار والاصطلاء بها وتجفيف الثياب ، أما إذا أراد أن يأخذ الجمر لا يكون له ذلك إلا بإذن صاحبه ، كذا ذكر القدوري -رحمه الله- ، وكذا الانتفاع من الماء بالشرب ، وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة في الأراضي المملوكة ، وكذلك الانتفاع بالاحتشاش من الأراضي المملوكة ، ولكن له أن يمنع من الدخول في

---

(١) رواه أبو داود (٣٤٧٧) ، من طريق حريز بن عثمان عن أبي خداش بن حبان بن زيد عن رجل من الصحابة ، وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٧٢) ، من طريق عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب عن مجاهد عن ابن عباس مرفوعًا . قال البخاري : عبد الله بن خراش عن العوام بن حوشب منكر الحديث . و رواه الطبراني قال : حدثنا الحسين بن إسحاق التستري ثنا يحيى الحماني ثنا قيس بن الربيع عن زيد بن جبير عن ابن عمر مرفوعًا . وفيه قيس بن الربيع وهو ضعيف . وصححه الشيخ الألباني دون قوله : «وثمنه حرام». انظر صحيح ابن ماجة (٢٠٠٥) .

قال : ولا يجوز بيع النحل ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف -رحمه الله- وقال محمد : يجوز إذا كان محرزًا ، وهو قول الشافعي لأنه حيوان منتفع به حقيقة وشرعًا فيجوز بيعه ، وإن كان لا يؤكل ، كالبغل والحمار . ولهما أنه

أرضه فإن منع كان لغيره أن يقول : إن لي في أرضك حقًا فإما أن توصلني إلى حقي أو تحشه فتدفعه إلي أو تدعني آخذه ، كثوب رجل وقع في دار إنسان ، هذا إذًا ثابت ظاهر .

وأما إذا أنبته صاحب الأرض بالسقي ففيه اختلاف الرواية ، ذكر في «المحيط» ، و«الذخيرة» و«النوازل» : أن صاحبه يملكه وليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه ، فجاز بيعه ، وذكر القدوري - رحمه الله - أنه لا يجوز بيعه لأن الشركة في الكلأ ثابتة بالنص، وإنما تنقطع بالحيازة وسوق الماء إلى أرضه ، ليس بخياره للكلأ ، فبقي على الشركة فلا يجوز بيعه .

وفي «فتاوى الولوالجي» : رجل باع حشيشًا في أرضه ، إن كان صاحب الحشيش هو الذى أنبته بأن سقاها الماء لأجل الحشيش ، فثبت بتكلفه جاز بيعه لأنه ملكه ، وليس لأحد أن يأخذه بغير إذنه كما لو أخذ السمك وألقاه في الماء ، فباع جاز ، وإن كان الحشيش ينبت بنفسه، فلا يجوز بيعه لأنه ليس بمملوك له لأنه مباح ألا ترى أن لكل أحد من الناس أن يأخذه، وذكره قاضي خان - رحمه الله - لو باع الكلأ أو الماء بعد الإحراز جاز، لأنه صار أخص به من غيره .

وفي «الإيضاح» لا يجوز بيع الكلأ في أرضه ولا ماء نهره أو بئره ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد - رضي الله عنهم - وهكذا ذكره الطحاوي - رحمه الله - لأنه على أصل الإباحة فيما لم يحرزه لم يجز بيعه كبيع الصيد في أرضه مالم يأخذه ، وكذا لا يجوز بيع الكمأة في أرضه ما لم يقلعها ، وكذلك بيع السمكة في نهره أو حميه م: (**قال: ولا يجوز بيع النحل وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله -وأبي يوسف - رحمه الله - وقال محمد: يجوز إذا كان محرزاً**) ش: أي مجموعًا م: (**وهو قول الشافعي**) ش: وفي كتب الشافعي - رحمه الله -في بيع النحل في الكوارة وجهان ، أحدهما لا يجوز وهو اختيار أبي حامد هذا إذا لم يشاهده ولو اجتمع في الكوارة وشاهده جاز بيعه . وكذا لو شاهده خارج الكوارة ، ففي جواز بيعه له وجهان ومحل الخلاف نحل العسل ، أما نحل غير العسل لا يجوز بالإجماع لأنه من الهوام كالزنابير م: (**لأنه**) ش: أي لأن النحل م: (**حيوان منتفع به حقيقة**) ش: باستيفاء ما يحدث منه م: (**وشرعًا**) ش: لعدم ما يمنع عنه شرعًا وكل ماهو كذلك م: (**فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل**) ش: كلمة إن واصلة بما قبله م: (**كالبغل والحمار**) ش: فإن بيعهما يجوز بلا خلاف .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله -وأبي يوسف - رحمه الله -م: (**أنه**) ش:

من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعًا به قبل الخروج، حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعًا له ، كذا ذكره الكرخي - رحمه الله- . ولا يجوز بيع دود القز ، عند أبي حنيفة - رحمه الله - ؛لأنه من الهوام ، وعند أبي يوسف -رحمه الله- يجوز إذا ظهر فيه القز تبعًا له ، وعند محمد -رحمه الله- يجوز كيفما كان لكونه منتفعًا به . ولا يجوز بيع بيضه عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وعندهما يجوز لمكان الضرورة ، وقيل: أبو يوسف -رحمه الله- مع أبي حنيفة -رحمه الله- ، كما في دود القز

أي أن النحل م: (**من الهوام**) ش: جمع هامة وهي دود الأرض م: (**فلا يجوز بيعه كالزنابير**) ش: والحيات والعقارب والوزغ م: (**والانتفاع**) ش: جواب عن قوله حيوان منتفع به يعني لا نسلم أنه ينتفع به والانتفاع إنما يحصل م: (**بما يخرج منه**) ش: وهو العسل م: (**لا بعينه**) ش: أي لا ينتفع بعين النحل ، قيل : هذا احتراز عن المهر والجحش فإنهما وإن كان لا ينتفع بهما في الحال ،لكن ينتفع بهما في المآل بأعيانهما ، وقال الأكمل : وفيه بعد لخروجهما بقوله ، قلت : قابل هذا القول هو الكاكي - رحمه الله -شيخه .

م: (**فلا يكون منتفعًا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة**) ش: بضم الكاف وتشديد الواو وهي معسل النحل إذا استويت من الطين ، وفي «التهذيب» كوارة النحل محققة ، وفي «المغرب» الكوارة والكوارة بالكسر من غير تشديد وقيده الزمخشري بفتح الكاف ، وفي الغريبين بالضم م: (**فيها**) ش: أى في الكوارة م: (**عسل بما فيها من النحل يجوز تبعًا له**) ش: كما في بيع الأرض مع الشرب ، وبيع الشرب وبيع العذرة المختلطة بالتراب م: (**كذا ذكره الكرخي - رحمه الله -**) ش: في مختصره .

م: (**ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة - رحمه الله - لأنه من الهوام ، وعند أبي يوسف - رحمه الله - يجوز إذا ظهر فيه القز تبعًا له**) ش: أي للقز لأنه صار منتفعًا به في المستقبل م: (**وعند محمد - رحمه الله -يجوز كيفما كان**) ش: أي سواء كان معه القز أو لا م: (**لكونه منتفعًا به**) ش: وبه قال الشافعي وأحمد - رحمه الله - : وهو اختيار الصدر الشهيد - رحمه الله -وعليه الفتوى للتعامل كذا في «الذخيرة» و«جامع المحبوبي» .

م: (**ولا يجوز بيع بيضه**) ش: أي بيض دود القز ، وهو البذر الذي منه يكون الدود م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: لأنه مما لا ينتفع به بعينه بل بما يحدث منه وهو معدوم في الحال (**وعندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله -م: (**يجوز لمكان الضرورة**) .

ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - في وجه ، وأحمد - رحمه الله - وعليه الفتوى م: (**وقيل : أبو يوسف -رحمه الله- مع أبى حنيفة -رحمه الله - كما في دود القز**) ش: فى عدم الجواز،

والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها ، جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم . ولا يجوز بيع الآبق

وقال الكرخي - رحمه الله - : أجاز محمد - رحمه الله - بيع النحل إذا كان مجموعًا وكذلك دود القز ، يجوز بيعه والسلم فيه إذا كان فى وقته القز ، وجعل أجله في وقته ، وكان محمد - رحمه الله - يضمن من قتله ، وقال الكرخي - رحمه الله -أيضًا وأجمعوا على أن بيع هوام الأرض لا يجوز ، ومنها الحيات ، والعقارب ، والوزغ والقطاية والقنافذ والجُعل والضب وهوام الأرض كلها .

وقالوا : لا يجوز بيع شيء في البحر من الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك إلا السمك ، وفي «الأجناس» : قال محمد بن الحسن رحمه الله : إذا كان الدود من واحد وورق التوت منه والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفان أو أقل أو أكثر لا يجوز وكذلك لو كان العمل منهما لا يجوز، إنما يجوز إذا كان البيض منهما والعمل منهما وهو بينهما نصفان أما إذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لا يجوز .

وقال الولوالجي - رحمه الله - في فتاواه : امرأة أعطت بذر القز وهو بذر الغليق بالنصف امرأة فقامت عليه حتى أدرك ، فالغليق لصاحبة البذر لأنه حدث من بذرها ولها على صاحبة البذر قيمة الأوراق وأجرة مثلها وعلى هذا إذا دفع البقرة إلى إنسان بالعلف ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقرة وله على صاحب البقرة ثمن العلف وأجرة المثل وكذلك إذا دفع الدجاجة ليكون البيض بالنصف .

م: (**والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها ، جاز البيع لأنه مال مقدور التسليم**) ش: وفي «فتاوى قاضي خان» : لو باع طيراً يطير في الهواء ، إن كان داجنًا يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف جاز بيعه وإلا فلا ، وكذا بيع الحمام في البرج .

وبه قال الشافعي - رضي الله عنه - : ولو باع الحمام الطائر ، وللشافعي - رحمه الله - فيه وجهان فعند بعض أصحابه - رحمهم الله - الأصح الجواز لاعتبار العود ، وعند أكثرهم الأصح عدم الجواز ، وكان حق وضع هذه المسألة ذكرها عند قوله : ولا بيع الطير في الهواء فكأنه اتبع في ذلك الصدر الشهيد فإنه ذكر الحمام بعد ذكر النحل ودود القز في «شرح الجامع الصغير» .

م: (**ولا يجوز بيع الآبق**) ش: وهذا بإجماع الفقهاء الأربعة ، وعن ابن عمر - رحمه الله- يجوز بيعه ، وعن محمد بن سيرين - رحمه الله - يجوز بيعه لو عرف موضعه ، وروى الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - أنه يجوز بيعه قبل هذا إذا علم المشتري ولو اختلفا في العلم ،

لنهي النبي ﷺ عنه ، ولأنه لا يقدر على تسليمه ، قال : إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده ؛ لأن المنهي بيع آبق مطلق ، وهو أن يكون آبقًا في حق المتعاقدين ، وهذا غير آبق في حق المشتري ، ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ، ثم لا يصير قابضًا بمجرد العقد إذا كان في يده ، وكان أشهد عند أخذه لأنه أمانة عنده ، وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع ، ولو كان لم يشهد عند الأخذ يجب أن يصير قابضًا لأنه قبض غصب ولو قال : هو عند فلان فبعه مني ، فباعه لا يجوز ؛ لأنه آبق في حق المتعاقدين ، ولأنه لا يقدر على تسليمه ، ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق .

فالقول للبائع وأما العبد المرسل في حاجة فيجوز بيعه .

كذا في «المحيط» م: (**لنهي النبي ﷺ عنه**) ش: أي في بيع الآبق وهو ما رواه ابن ماجة في سننه من حديث أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه - أن النبي ﷺ « **نهي عن شراء ما في بطون الأنعام حتى تضع وعن بيع ما في ضروعها وعن شراء العبد وهو آبق ، وعن شراء المغانم حتى تقسم ،وعن شراء الصدقات حتى تقبض ، وعن ضربة القاصي**»[1] وضعفوه .

ورواه إسحاق بن راهويه في مسنده عن أبي سعيد الخدري -رحمه الله- مرفوعًا إلا أنه قال : وعن بيع العبد وهو آبق عوض قوله : وشراء م: (**ولأنه لا يقدر على تسليمه**) ش: أي تسليم الآبق م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - م: (**إلا أن يبيعه**) ش: أي الآبق م: (**من رجل زعم أنه عنده لأن المنهي**) ش: في الحديث م: (**بيع آبق مطلق ، وهو أن يكون آبقًا في حق المتعاقدين ، وهذا غير آبق في حق المشتري**) ش: لأنه عنده في زعمه ، وبه قال الشافعي -رضي الله عنه- .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الآبق م: (**إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع**) ش: أي المعجز عن التسليم هو المانع من البيع م: (**ثم لا يصير**) ش: أي المشتري م: (**قابضًا بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهد عند أخذه**) ش: أي أشهد عند الأخذ أنه أخذه للرد ، ولا يرده على المولى م: (**لأنه**) ش: يصير م: (**أمانة عنده**) ش: ولهذا لو هلك قبل الوصول إلى يد المولى فهلك الأمانة م: (**وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع**) ش: لأن الأدنى لا ينوب عن الأعلى م: (**ولو كان لم يشهد عند الأخذ**) ش: صوابه عند القبض م: (**يجب أن يصير قابضًا لأنه قبض غصب**) ش: وقبض الغصب قبض ضمان ، فينوب عن قبض البيع وهو قبض ضمان .

م: (**ولو قال : هو**) ش: أي الآبق م: (**عند فلان فبعه مني فباعه لا يجوز لأنه آبق في حق المتعاقدين، ولأنه لا يقدر على تسليمه**) ش: لأنه آبق مطلق م: (**ولو باع الآبق**) ش: من رجل م: (**ثم عاد من الإباق**) ش: وسلمه للمشتري لا يتم ذلك العقد لأنه وقع باطلاً لانعدام المحلية كبيع الطير في الهواء وهو

---

(١) تقدم تخريجه .

وعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه يتم العقد إذا لم يفسخ ؛ لأن العقد انعقد بقيام المالية ، والمانع قد ارتفع ، وهو العجز عن التسليم ، كما إذا أبق بعد البيع ، وهكذا يروى عن محمد -رحمه الله- . قال : ولا يجوز بيع لبن امرأة في قدح ، وقال الشافعي : يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر . ولنا أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الإبتذال بالبيع ، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة ،وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها ، فكذا على جزئها . قلنا: الرق قد حل نفسها، فأما اللبن فلا رق فيه ؛ لأنه يختص بمحل يتحقق فيه

ظاهر رواية وبه أخذ مشايخ بلخ -رحمهم الله- م: (**وعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه يتم العقد إذا لم يفسخ**) ش: يعني إذا عاد العبد من إباقه يتم العقد ، ولكن يشترط أن لا يفسخ القاضي العقد قبل عوده ، وإن فسخه قبل ذلك فلا بد حينئذ من البيع الجديد م: (**لأن العقد انعقد بقيام المالية**) ش: لأن الآبق مال مملوك م: (**والمانع**) ش: من الجواز م: (**قد ارتفع وهو**) ش: أي المانع م: (**العجز عن التسليم**) ش: فصار م: (**كما إذا أبق بعد البيع**) ش: وبه أخذ الكرخي -رحمه الله- وجماعة من المشايخ ، كذا ذكره الأسبيجابي .

م: (**وهكذا يروى عن محمد -رحمه الله-**) ش: يعني مثل ما روي عن أبي حنيفة -رضي الله عنه- م: (**قال**) ش: أي محمد في الجامع الصغير : م: (**ولا يجوز بيع لبن امرأة**) ش: أي ولا يجوز بيع لبن امرأة ، وبه قال مالك -رحمه الله- وأحمد -رحمه الله- في رواية ، وأبو القاسم بن يسار من أصحاب الشافعي -رحمه الله- لأنه نجس عنده م: (**في قدح**) ش: قال الكاكي -رحمه الله- : ذكر القدح اتفاقي وإن حرمة بيعه غير موقوفة على كونه في قدح ، ولكنه أخرج الكلام مخرج العادة ثم قال : والأصح أن هذا قيد مفيد لأنه لو لم يذكره لتوهم جواز بيعه في القدح ، وإنما لا يجوز لكونه في الضرع كما هو الحكم في لبن سائر الحيوانات ، فإنه لا يجوز في الضرع ويجوز في القدح وفي غيره من الآنية .

وإليه أشار الإمام أبو جعفر -رحمه الله- في «كشف الغوامض» .

م: (**وقال الشافعي : يجوز بيعه لأنه مشروب طاهر**) ش: احترز بالطاهر عن الخمر فإنها نجسة فلا يحل بيعها م: (**ولنا أنه جزء الآدمي وهو**) ش: أي الآدمي م: (**بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع**) ش: أي محفوظ عن الإهانة بسبب البيع .

م: (**ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة ، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنه يجوز إيراد العقد على نفسها فكذا على جزئها**) ش: اعتباراً للجزء بالكل م: (**قلنا:الرق قد حل نفسها ، فأما اللبن فلا رق فيه**) ش: لأن الرق ضعف حكمي م: (**لأنه يختص بمحل يتحقق فيه**

القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن . قال : ولا يجوز بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ، ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة ، فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع . ولو وقع في الماء القليل أفسده ، عند أبي يوسف -رحمه الله-، وعند محمد -رحمه الله- لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولأبي يوسف -رحمه الله- أن الإطلاق للضرورة فلا تظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها .

القوة التي هي ضده) ش: أي ضد الرق يعني العتق م: **(وهو)** ش: أي المحل م: **(الحي)** ش: ومعناه أنهما صفتان تتعاقبان على موضوع واحد وهما ضدان .

م: **(ولا حياة في اللبن)** ش: فلا يرد عليه الرق ولا العتق لانتفاء الموضوع ، والجواب: عن قوله : مشروب طاهر أن المراد به كونه مشروبًا مطلقًا أو في حال الضرورة .

والأول، ممنوع فلأنه إذا استغنى عنه حرم شربه ، والثاني مسلم لأنه غذاء عند الضرورة وليست بمال فلا يجوز بيعه .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» م: **(ولا يجوز بيع شعر الخنزير)** ش: باتفاق الأئمة -رحمهم الله- م: **(لأنه)** ش: أي لأن الخنزير م: **(نجس العين فلا يجوز بيعه)** ش: أي بيع شعره م: **(إهانة له)** ش: كالخمر لأن النجاسة في الشعر كهواء المحل وجواز البيع يشعر بإعزازه.

م: **(ويجوز الانتفاع به)** ش: أي بشعر الخنزير م: **(للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه)** ش: أي لأن عمل الخرز لا يتأتى بدونه والضرورة آكد في إثبات التخفيف وسقوط الخطر والانتفاع بلحمه جائز عند الضرورة بالنص ، فالانتفاع بشعره كان أولى عند الضرورة لأن الشعر أخف منه بدليل أن شعر الميتة طاهر ولحمها لا .

م: **(ويوجد مباح الأصل)** ش: جواب عما يقال: إذا كان كذلك ينبغي أن يجوز بيعه وتقرير الجواب أن شعر الخنزير يوجد مباح الأصل م: **(فلا ضرورة إلى البيع)** ش: وعلى هذا قيل: إذا كان لا يوجد إلا بالبيع جاز بيعه ، لكن الثمن لا يطيب للبائع ، وقال أبو الليث: إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء فينبغي أن يجوز لهم الشراء .

م: **(ولو وقع)** ش: أي شعر الخنزير م: **(في الماء القليل أفسده ، عند أبي يوسف -رحمه الله -، وعند محمد -رحمه الله- لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته)** ش: ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه م: **(ولأبي يوسف -رحمه الله-أن الإطلاق)** ش: أي إطلاق الجواز م: **(للضرورة فلا تظهر)** ش: أي الضرورة م: **(إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع تغايرها)** ش: أي تغاير حالة الاستعمال

ولا يجوز بيع شعر الإنسان ولا الانتفاع به لأن الآدمي مكرم غير مبتذل ، فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانًا مبتذلاً ،وقد قال عليه الصلاة والسلام : «لعن الله الواصلة والمستوصلة...» الحديث .وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن ،

ولا بأس للساكنة أن يصلوا مع شعر الخنزير وإن كان أكثر من قدر الدرهم .

م: (**ولايجوز بيع شعر الإنسان ولا الانتفاع به**) ش: ولا خلاف فيه للفقهاء إلا رواية عن محمد-رحمه الله- يجوز الانتفاع بشعر الآدمي ، استدلالاً بما روي ، « **أن النبي ﷺ حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه**»[1] .

وكانوا يتبركون به ولو كان نجسًا لما فعل ، إذ النجس لا يتبرك به ، وجهه الظاهر هو قوله م: (**لأن الآدمي مكرم غير مبتذل**) ش: قال الكاكي -رحمه الله- : بكسر الذال يعني بالمعجمة ومعناه غيرتارك بتهاون نفسه م: (**فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانًا مبتذلاً**) ش: بفتح الذال كيلا يلزم الإهانة .

م: (**وقد قال عليه الصلاة والسلام**) ش: أي وقد قال النبي ﷺ : م: (**لعن الله الواصلة والمستوصلة. الحديث**) ش: هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة -رحمهم الله- في كتبهم كلهم من حديث عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر -رضي الله عنهما- أن رسول الله ﷺ قال: « **لعن الله الواصلة المستوصلة والواشمة والمستوشمة** » انتهى .

وقال أبو داود : -رحمه الله- : الواصلة هي التي تصل الشعر بشعر النساء والمستوصلة المعمول بها ، والواشمة التي تجعل الخيلان في وجهها بكحل أو مداد والمستوشمة المعمول بها ، والاستدلال بهذا الحديث على منع بيع شعر الإنسان والانتفاع به لكرامته غير واضح ، كذا قيل .

قلت: واضح به لأن المدعى عدم جواز البيع وعدم جواز الانتفاع به واستحقاق اللعن في الوصل يدل على عدم جواز الانتفاع به وعدم جواز الانتفاع يدل على عدم جواز البيع م: (**وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء ذوائبهن**) ش: وهو اتخاذ القوابيل وهو رخصة ، وهو يتخذ من وبر الجمل ليزيد في أصول شعورهن بالتكثير وفي ذوائبهن بالتطويل . وقال الجوهري : القوابل ما تشهرها المرأة من شعرها .

---

(١) أخرجه البخاري ومسلم من حديث أنس بن مالك أن النبي ﷺ لما رمى الجمرة ونحر نسكه وحلق رأسه ناول الحلاق شقه الأيمن فحلقه ثم دعا أبا طلحة الأنصاري فأعطاه إياه ثم ناوله الشق الأيسر فقال احلقه فأعطاه أبا طلحة وقال اقسمه بين الناس .

قال: ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ ؛ لأنه غير منتفع به ، قال عليه الصلاة والسلام : «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب».وهو اسم لغير المدبوغ ، على ما مر في كتاب الصلاة . ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت بالدباغ ، وقد ذكرناه في كتاب الصلاة . ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بهذا كله ؛ لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة وقد قررناه من قبل ،

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: **(ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ)** ش: أي ولا يجوز بيعها قبل الدباغة قيد بقوله : قبل أن تدبغ لأن بعد الدبغ يجوز بلا خلاف بين الفقهاء .

فإن قيل: نجاستها مجاورة باتصال الدسومات ، ومثل ذلك يجوز بيعه كالثوب النجس، أجيب : بأنها خلقية فما لم تزايل كالدباغ فهو كعين الجلد بخلاف نجاسة الثوب فإنها بالمجاورة فلا يتغير حكم أصول الثوب م: **(لأنه غير منتفع به)** ش: أي بجلود الميتة قبل الدباغة .

م: **(قال عليه الصلاة والسلام)** ش: أي قال النبي ﷺ : م: **(لا تنتفعوا من الميتة بإهاب)** ش: هذا الحديث رواه الأربعة -رحمهم الله- من حديث عبد الله بن عكيم عن النبي ﷺ « أنه كتب إلى جهينة قبل موته بشهر أن لا تنتفعوا من الميتة بإهاب ولا عصب »[1] .

وقد تقدم في كتاب الطهارة في باب الماء الذي يجوز الوضوء به وبسطنا الكلام فيه هناك م: **(وهو)** ش: أي الإهاب م: **(اسم لغير المدبوغ ، على ما مر في كتاب الصلاة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لأنها طهرت بالدباغ ، وقد ذكرناه في كتاب الصلاة)** ش: ولم يمر إلا في كتاب الطهارات .

م: **(ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بهذا كله)** ش: وفي بعض النسخ بذلك كله أشار به إلى المذكورات قبله م: **(لأنها)** ش: أي لأن هذه الأشياء م: **(طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة)** ش: لأن الموت لا يحل إلا في محل الحياة م: **(وقد قررناه من قبل)** ش: وقال الكاكي -رحمه الله- في كتاب الصلاة : وليس كذلك بل في كتاب الطهارة بقوله : وشعر الميتة وعظمها طاهر وقد تكلمنا هناك بما فيه من الخلاف مبسوطًا .

---

(١) رواه أبو داود (٣٤٧٥، ٣٤٧٦)، والنسائي (٣٩٩٢، ٣٩٦٣، ٣٩٦٤، ٣٩٦٥)، والترمذي (١٤١٣) ، وابن ماجة (٢٩١٠) ، من طريق الحكم بن عتيبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن عبد الله بن عكيم مرفوعًا.

قلت: وإسناده صحيح ، ودعوى الانقطاع بين عبد الله بن عكيم والنبي ﷺ مجبورة بتصريحه عند البيهقي بأنه قال : حدثنا مشيخة لنا من جهينة وهم أصحاب النبي ﷺ الذين كتب لهم . ولا تعارض بينه وبين حديث ميمونة ، وحديث ميمونة رخص في الانتفاع بالإهاب وهو الجلد بعد الدبغ وهذا نهي عن الانتفاع بالجلد ، ولو تأملت لوجدت أنه جزء من حديث ميمونة ، والحديث صححه العلامة الألباني حفظه الله .

والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد -رحمه الله- وعندهما ، بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به .قال : وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر ، فسقطا أو سقط العلو وحده ، فباع صاحب العلو علوه، لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه ، والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعًا للأرض باتفاق الروايات ، ومنفردًا في رواية ، وهو اختيار مشايخ بلخ -رحمهم الله- ؛ لأنه

م: (**والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد -رحمه الله -**) ش: فلا يجوز بيعه مطلقًا ولا يجوز الانتفاع به لأنه نوع من الخنزير م: (**وعندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة -رحمه الله- وأبي يوسف- رحمه الله - ، م: (**بمنزلة السباع**) ش: يعني ليس بنجس العين كالخنزير م: (**حتى يباع عظمه وينتفع به**) ش: أي بالفيل في الركوب والحمل وغير ذلك .

ويجوز أن يرجع الضمير إلى المعظم لما ذكره البخاري -رحمه الله- في صحيحه عن الزهري -رحمه الله- قال: في عظام الموتى نحو الفيل وغيره أدركت ناسًا من سلف العلماء يمتشطون بها ويدهنون بها لا يرون بأسًا، وقال ابن سيرين -رحمه الله- وإبراهيم : لا بأس بتجارة العاج .

وقال الكرخي -رحمه الله- في «مختصره» : وأما الفيل فأجمعوا على جواز بيعه ولم يذكر الخلاف ، وكذلك ذكر في البيوع في «كتاب العيون» ، ولكن ذكر في باب الطهارات من العيون عن محمد بن الحسن -رحمه الله- أنه قال: الفيل لا يقع عليه الزكاة ، وإذا دبغ جلده لم يطهر . وروي عن محمد في كتاب الحج عن أبي حنيفة -رحمه الله – قال : لا بأس ببيع عظام الفيل وغيرها من الميتة وكذلك جلدها إذا دبغ ، وروي عن أبي يوسف - رحمه الله-نحو هذا ذكر في « العيون » أيضًا رواية إبراهيم بن رستم عن محمد -رحمه الله- في امرأة صلت وفي عنقها قلادة فيها من كلب أو أسد أو شعطب فصلاتها تامة لأنه يقع عليها الزكاة .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا ، أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه ، لم يجز ؛ لأن حق التعلي ليس بمال**) ش: لأنه يتعلق بالهواء والهواء ليس بمال م: (**لأن المال ما يمكن إحرازه ، والمال هو المحل للبيع**) ش: والهواء ليس بمحل وإنما يجوز قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق م: (**بخلاف الشرب**) ش: هذا جواب عما يقال: الشرب حق الأرض، ولهذا قال في كتاب الشرب : إذا اشترى أرضًا لم يكن له شرب ينبغي أن لا يجوز .

فأجاب بقوله: بخلاف الشرب م: (**حيث يجوز بيعه تبعًا للأرض باتفاق الروايات ، ومنفردًا**) ش: أي ويجوز بيعه أيضًا حال كونه مفردًا م: (**في رواية ، وهو اختيار مشايخ بلخ -رحمهم الله – لأنه**)

حظ من الماء ولهذا يضمن بالإتلاف وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب . قال : وبيع الطريق وهبته جائز، وبيع مسيل الماء وهبته باطل ، والمسألة تحتمل وجهين : بيع رقبة الطريق والمسيل ، وبيع حق المرور والتسئيل ، فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضًا معلومًا ، وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء ،

ش: أي لأن الشرب م: (**حظ من الماء**) ش: والماء عين فكان بيع الشرب بيع العين أو بيع شيء يتعلق بالعين ، فإن قيل : فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز إذا كان الماء معدومًا في الأرض أجيب: بأنما جوز للضرورة أو بعرضية وجوده كما في السلم والاستصناع .

م: (**ولهذا**) ش: ولكون الشرب حظًا من الماء م: (**يضمن بالإتلاف**) ش: بأن سقى رجل أرضه بشرب غيره يضمن ،وهو رواية البزدوي -رحمه الله- وعلى رواية شيخ الإسلام -رحمه الله- لا يضمن وقيل: يضمن إذا جمع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع .

وقيل: في المسألة روايتان ونقل عن الإمام جمال الدين ابن المصنف -رحمهما الله- قال : والإتلاف أن يكون بأن يشهد به الآخر ثم رجع بعد القضاء ولا وجه للقول بالضمان بالإتلاف سوى هذه الصورة لأنه لو ضمن بغيرها إما أن يضمن بالسقي أو يمنع حق الشرب ولا وجه إلى الأول لأن الماء مشترك بين الناس بالحديث ، ولا وجه إلى الثاني لأنه منع حق الغير ليس بسبب الضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد م: (**وله**) ش: أي للشرب م: (**قسط من الثمن**) ش: يعني إذا بيعت أرض وفيها نهر يقع الثمن عليهما م: (**على ما نذكره في كتاب الشرب**) ش: قال الأترازي : -رحمه الله- أي في «المبسوط» .

قلت: هذا على النسخة التي فيها على ما ذكره وفي بعض النسخ على ما نذكره بصيغة الجمع ، فإن صحت هذه النسخة يكون المراد من قوله في كتاب الشرب مسائل الشرب التي ذكرها في كبرى الأنهار في كتاب إحياء الموات .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد-رحمه الله- في«الجامع الصغير» : م: (**وبيع الطريق وهبته جائز ، وبيع مسيل الماء وهبته باطل**) ش: هذا لفظ محمد -رحمه الله- وقال المصنف -رحمه الله- : م: (**والمسألة تحتمل وجهين : بيع رقبة الطريق والمسيل ، وبيع حق المرور والتسئيل ، فإن كان الأول**) ش: وهو بيع رقبة الطريق والمسيل م: (**فوجه الفرق بين المسألتين**) ش: وهما بيع رقبة الطريق وبيع مسيل الماء م: (**أن الطريق معلوم لأن له**) ش: أي للطريق م: (**طولاً وعرضًا معلومًا**) ش: فإن عرضه مقدار باب الدار وطوله إلى السكة النافذة غالبًا فيجوز البيع م: (**وأما المسيل**) ش: أي مسيل الماء م: (**فمجهول لأنه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء**) ش: أي قدر ما يشغل المسيل لأنه يختلف بقلة الماء وكثرته ، حتى لو باع رقبة الأرض بمسيل الماء وبين موضعه وحدوده جاز .

وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ، ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين حق التسيل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق . أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي، وعلى الأرض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي -على إحدى الروايتين -، أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع ، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان . قال : ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما

م: **(وإن كان الثاني)** ش: وهو حق المرور وحق مسيل الماء م: **(ففي بيع حق المرور روايتان)** ش: أحدهما رواية الزيادات لا يجوز وبه أخذ الكرخي -رحمه الله- لجهالته ، والأخرى رواية كتاب القسمة يجوز وبه أخذ عامة المشايخ -رحمهم الله- م: **(ووجه الفرق على إحداهما)** ش: أي على إحدى الروايتين م: **(بينه)** ش: أي بين حق المرور حيث جاز بيعه على هذه الرواية م: **(وبين حق التسئيل)** ش: حيث لم يجز بيعه أصلاً م: **(أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق)** ش: لأنه معلوم القدر م: **(أما المسيل على السطح)**.

ش: أي أما حق المسيل على السطح م: **(فهو نظير حق التعلي)** ش: وبيع حق التعلي لا يجوز باتفاق الروايات م: **(وعلى الأرض)** ش: أي وحق المسيل إن كان على الأرض م: **(مجهول لجهالة محله)** ش: أي لجهالة قدر ما يشغله الماء م: **(ووجه الفرق بين حق المرور)** ش: حيث جاز بيعه على هذه الروايةم: **(وحق التعلي)** ش: أي وبين حق التعلي حيث لم يجز أصلاً م: **(على إحدى الروايتين)** ش: متعلق بحق المرور لأن حق التعلي لا يجوز بيعه في جميع الروايات م: **(أن حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء)** ش: فأخذ حكم ما لا يبقى م: **(فأشبه المنافع)** ش: لأنها لا بقاء لها م: **(أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان)** ش: لأن لها بقاء .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في « الجامع الصغير» : م: **(ومن باع جارية فإذا هو غلام)** ش: ذكر الضمير باعتبار تذكير الخبر وعكسه ، فإن اشترى عبداً فإذا هو جارية م: **(فلا بيع بينهما)** ش: أي لا يجوز البيع وإنما ذكر هذه العبارة لأنه لم يغير لفظ محمد -رحمه الله- في «الجامع» ، وعند زفر -رحمه الله- يجوز فصار كأنه اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو لم يكن فصح البيع وثبت له الخيار .

وهو قياس مذهب الشافعي -رضي الله عنه- بفوات الوصف المرغوب فيه ، وعن أبي حنيفة -رحمه الله- أنه أثبت له الخيار في مثل هذا ثم اختلف المشايخ -رحمهم الله - في قول محمد -رحمه الله- فلا بيع بينهما ، أنه إما باطل أو فاسد ، وقال صاحب «الإيضاح» : باطل يتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم وبيع المعدوم باطل، وقال بعضهم إنه فاسد وهو اختيار الكرخي - رحمه الله - ونقل الأترازي هذا- بعد أن قال بعضهم في شرحه- ثم قال : هذا اختلاف عجيب ، ونقل هذا عن الكرخي -رحمه الله - عجيب .

بخلاف ما إذا باع كبشاً فإذا هونعجة حيث ينعقد البيع ويتخير ، والفرق يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد -رحمه الله- ، وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه ، وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ، ويتخير لفوات الوصف ، كمن اشترى عبداً على أنه خباز فإذا هو كاتب ، وفي مسألتنا

أما الأول: فلأن محمداً -رحمه الله - قال : لا بيع بينهما فهو تنصيص على البطلان ، لأن مثل هذا النفي يدل على الباطل لا الفاسد .

أما الثاني: فإن الكرخي -رحمه الله - صرح في مختصره ، بأن اختلاف الصفة إذا أوجب اختلافًا فاحشًا كان ذلك بمنزلة الاختلاف في الجنس ، ثم في اختلاف الجنس كما إذا باع فضة على أنه ياقوت فكان زجاجًا ، أو باع هذا الثوب على أنه خزفًا فإذا هو مرغزي ، قال : فالبيع باطل .

قلت: الذي قال هذا هو قول السغناقي -رحمه الله - وكذا نقله الكاكي -رحمه الله - في شرحه .

قلت: قوله وتنصيص على البطلان غير مسلم لأن البيع الذي وقع بعد كلمة النفي أعم من الباطل والفاسد ، ودعوى التعيين تحكم ، وأما الكرخي -رحمه الله - فإنه يحتمل أن يكون عنه فيه روايتان م: (**بخلاف ما إذا باع كبشًا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتخير**) ش: أي المشتري م: (**والفرق**) ش: يعني بين المسألتين م: (**يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد -رحمه الله -**) ش: وذلك الأصل متفق عليه .

ولكن ذكر في كتاب النكاح في وجه قول محمد -رحمه الله -في مسألة التزوج على دن من الخل ، إلا أن ذلك الأصل عند محمد -رحمه الله - ولهذا لم يقع الاختلاف بينهم في هذه المسألة .

م: (**وهو**) ش: أي الأصل م: (**أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى**) ش: لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة لأن الإشارة لتعريف الذات ، فإنه إذا قال هذا صار الذات معينًا والتسمية إعلام الماهية وإنه أمر زائد على أصل الذات فكانت أبلغ في التعريف فلذلك تعلق الحكم بالمسمى لا بالمشار إليه .

م: (**ويبطل لانعدامه**) ش: أي ويبطل العقد لانعدام المسمى م: (**وفي متحدي الجنس يتعلق**) ش: أي العقد م: (**بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتخير**) ش: أي المشتري م: (**لفوات الوصف**) ش: المرغوب فيه م: (**كمن اشترى عبدًا على أنه خباز فإذا هو كاتب**) ش: حيث ينعقد العقد ويتخير المشتري م: (**وفي مسألتنا**) ش: أراد بها المسألة المصدرة وهي قوله ومن باع جارية فإذا هو غلام فلا بيع بينهما .

الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض . وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت فيها ، وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالخل والدبس جنسان ،والوذاري والزندنيجي - على ما قالوا- جنسان مع اتحاد أصلهما . قال ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني ، وقال الشافعي - رحمه الله- : يجوز؛ لأن الملك قد تم فيها بالقبض ، فصار البيع من البائع ومن غيره سواء ، وصاركما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة

م: (**الذكر والأنثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض**) ش: لأن المطلوب من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الأمة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد ، والغلام لا يصلح للاستفراش والاستيلاد فكان التفاوت بينهما فاحشًا .

م: (**وفي الحيوانات جنس واحد لقلة التفاوت فيها**) ش: أي في الأغراض م: (**وهو المعتبر**) ش: أي التفاوت هو المعتبر م: (**في هذا**) ش: أي في كونهما جنسين متحدين أو مختلفين م: (**دون الأصل**) ش: أي أصل المادة والماهية م: (**كالخل والدبس جنسان**) ش: مع اتحاد أصليهما وهو العنب م: (**والوذاري**) ش: بكسر الواو وفتحها وبالذال المعجمة ، وهو ثوب منسوب إلى وذار وهي قرية بسمرقند م: (**والزندنيجي**) ش: بفتح الزاي وسكون النون وفتح الدال المهملة وكسر النون وبالياء آخر الحروف الساكنة وبالجيم ثوب منسوب إلى زندنة على خلاف القياس . وهي من أشهر قصبات بخارى م: (**على ما قالوا جنسان**) ش: أي على ما قال المشايخ - رحمهم الله - في شروح الجامع الصغير أنهما جنسان م: (**مع اتحاد أصلهما**) ش: يعني مع أن أصلهما متحد .

وقالت الحكماء : الذكر والأنثى من بني آدم جنس واحد لا تحادهما في الحقيقة والجنس مقول على كثيرين مختلفين بالحقيقة ، وأهل الحق جعلوهما جنسين لتفاوت المقاصد ، والحق معهم لأن اختلاف الحقائق يعرف باختلاف الخواص لا بأصل المادة لكونه لو اعتبر أصل المادة ينبغي أن لا يكون الفرس والإنسان جنسين لاتحاد مادتهما وهو النطفة .

م: (**قال ومن اشترى جارية بألف درهم حالة أو نسيئة ، فقبضها ثم باعها من البائع بخمسمائة قبل أن ينقد الثمن لا يجوز البيع الثاني**) ش: وبه قال مالك وأحمد -رحمهم الله- : واعلم أن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز عندنا .

م: (**وقال الشافعي : يجوز**) ش: وبعد نقد الثمن يجوز عندنا أيضًا وبالمثل أو الأكثر يجوز بالإجماع سواء كان قبل نقد الثمن أو بعده وكذا يجوز قبل نقد الثمن إذا اشترى بعرض قيمته أقل منه م: (**لأن الملك**) ش: أي ملك المشتري م: (**قد تم فيها**) ش: أي في الجارية م: (**بالقبض ، فصار البيع من البائع ومن غيره سواء ، وصار**) ش: أي حكم هذا م: (**كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة**)

أو بالعرض ، ولنا قول عائشة -رضي الله عنها- لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ، أبلغي زيد بن أرقم أن الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب .

ش: من الثمن الأول م: (أو بالعرض) ش: يعني باعها منه بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض أقل من قيمة الألف يجوز بالإجماع وقيد بالعرض لأنه لو باعها منه بالدنانير وقيمة الدنانير أقل من الألف لا يجوز عندنا استحسانًا ويجوز قياسًا ، وهو قول زفر -رحمه الله- وقال الكاكي -رحمه الله- : وفي بعض الحواشي مال كثير من مشايخنا -رحمهم الله- كالكرخي والزعفراني- رحمهم الله- والصفار إلى قول الشافعي -رحمه الله- في هذه المسألة والقياس ما قاله ، ولكن ما وجدته في كتب عندي .

م: (**ولنا قول عائشة -رضي الله عنها - لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت، أبلغي زيد بن أرقم أن الله قد أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب**) .

ش: هذا أخرجه عبد الرزاق -رحمه الله- في مصنفه ، أخبرنا معمر والثوري عن أبي إسحاق عن امرأته أنها دخلت على عائشة -رضي الله عنها- في نسوة فسألت امرأة فقالت : يا أم المؤمنين كانت لي جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء ثم ابتعتها منه بستمائة فنقدت له الستمائة وكتبت عليه بثمانمائة .

فقالت عائشة : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت أخبري زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب ، فقالت المرأة لعائشة -رضي الله عنها- أرأيت إن أخذت رأس مالي ورددت عليه الفضل فقالت: ﴿**فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف**﴾ (البقرة : الآية٢٧٥)[١] .

وأخرجه الدار قطني -رحمه الله- ثم البيهقي -رحمه الله - في سننهما عن يونس بن أبي إسحاق الهمذاني -رحمه الله- عن أمه العالية ، قالت : كنت قاعدة عند عائشة -رضي الله

---

(١) رواه الدار قطني في البيوع (٢/ ٣١١) ، البيهقي (٥/ ٣٣٠) ، وهو معلول بجهالة العالية زوجة أبي إسحاق السبيعي وأم محبة . وقال الشافعي : لا يثبت مثله عن عائشة وقال الدارقطني : العالية مجهولة لا يحتج بها، وكذا قال في أم محبة . قال ابن سعد: (٨/ ٣٥٧) ، العالية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي سمعت من عائشة . قلت: روى عنها ابنها يونس وزوجها أبو إسحاق إلا أنها لا يعرف حالها . وعلى هذا يتنزل كلام الدارقطني ، والله أعلم .

وفي ألفاظ الحديث تجاوزات شرعية حاشا لعائشة -رضي الله عنها- أن تقع فيها ، وهي حكمها على صحابي جليل بإبطال جهاده وحجه مع النبي ﷺ مع علمها أنه لعله لم يبلغه ما بلغها من النهي أو أنه متأول . والله أعلم .

عنها- فأتتها أم محبة فقالت إني بعت زيد بن أرقم جارية إلى عطاء فذكر بنحوه ، وقال الدارقطني : أم محبة والعالية مجهولتان لا يحتج بهما .

قلت: بل أم العالية امرأة معروفة جليلة القدر ذكرها ابن سعد -رحمه الله - في الطبقات ، فقال : أم العالية بنت أيفع بن شراحيل امرأة أبي إسحاق السبيعي -رحمه الله- سمعت من عائشة -رضي الله عنها- وأم محبة بضم الميم وكسر الحاء كذا ضبطه الدارقطني -رحمه الله- في كتاب «المؤتلف والمختلف» .

ورواه أبو حنيفة -رحمه الله - في مسنده عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأة أبي إسحاق- رحمهما الله - سألت عائشة -رضي الله عنها- فقالت : إن زيد بن أرقم باعني جارية بثمانمائة واشتراها مني بستمائة فقالت أبلغي عني زيد بن أرقم أن الله عز وجل قد أبطل جهاده إن لم يتب .

وجه الاستدلال : أنها جعلت جزاء مباشرة هذا العقد بطلان الحج والجهاد مع رسول الله ﷺ إن لم يتب وأجزية الجرائم لا تعلم بالرأي فكان مسموعًا من رسول الله ﷺ ، والعقد الصحيح لا يجازى بذلك فكان فاسدًا ، وأن زيدًا اعتذر إليها وهو دليل على كونه مسموعًا لأنه في المجتهد إن كان بعضهم يخالف بعضًا وما كان أحدهما يعتذر إلى صاحبه .

فإن قلت: يجوز أن يكون إلحاق الوعيد لكون البيع إلى العطاء وهو أجل مجهول .

قلت: ثبت من مذهب عائشة -رضي الله عنها- جواز البيع إلى العطاء وهو مذهب علي -رضي الله عنه- وابن أبي ليلى -رحمه الله - وآخرين فلم يكن كذلك .

فإن قلت: لم كرهت العقد الأول مع أن الفساد من الثاني ؟

قلت : لأنها تطرق به إلى الثاني كالسفر يكون محظورًا إذا كان لقطع الطريق وإن كان السفر مباحًا في نفسه .

فإن قلت: القبض غير مذكور في الحديث فيمكن أن يكون الوعيد للتصرف في المبيع قبل القبض .

قلت: تلاوتها آية الربا دليل على أنه للربا لا لعدم القبض .

فإن قلت: الوعيد قد لا يستلزم الفساد كما في تفريق الولد عن الوالد بالبيع فإنه جائز مع وجود الوعيد .

ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه ، فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض ، بخلاف ما إذا باع بالعرض ؛ لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة . قال : ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة ، فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع ، ويبطل في الأخرى ؛

قلت: الوعيد ليس للبيع ثمة بل ليس التفريق حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقًا .

م: (**ولأن الثمن لم يدخل في ضمانه**) ش: أي في ضمان البائع قبل القبض م: (**فإذا وصل إليه المبيع ووقعت المقاصة**) ش: أي بين الثمن في الأول وبين الثمن في البيع الثاني إذا عاد إليه الكل الذي زال عنه بعينه م: (**بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض**) ش: فهذا ربح حصل لا على ضمانه .

ونهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن م: (**بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة**) ش: لأن الربح لا يظهر عند مخالفة الجنس .

وقال الكرخي -رحمه الله- في «مختصره» : ولا يجوز أن يشتري ذلك أم وكيل البائع ولا عبد البائع مأذون له في التجارة في قولهم جميعًا وإن اشتراه والد البائع أو ولد ولده علا أو سفل أو من يجوز شهادته للبائع ولا شهادة البائع لم يجز عند أبي حنيفة -رحمه الله- وقال أبو يوسف -رحمه الله- ومحمد -رحمه الله - : ذلك جائز ولذلك لا يجوز للمولى أن يشتري ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه بأقل من الثمن الذي باعوه .

فإن وكل البائع من يشتريه بأقل من الثمن الأول فاشتراه ، فالشراء جائز عند أبي حنيفة -رحمه الله - وقال أبو يوسف-رحمه الله- : الشراء لازم للوكيل ولا يلزم الأمر ، وقال محمد -رحمه الله- : يلزم الأمر شراء فاسدًا .

وقال في «شرح الطحاوي» إذا مات المشتري فاشتراه البائع من الوارث لا يجوز لأن الوارث يقوم مقام المورث ولو مات البائع فاشترى وارثه من المشتري جاز الشراء إذا كان الوارث ممن يجوز شهادته للبائع في حال الحياة وقرابته من البائع لا تمنع بخلاف المشتري ، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه قال : لا يجوز شراء وارث البائع أيضًا كوارث المشتري .

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (**ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها وأخرى**) ش: أي وجارية أخرى م: (**معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسمائة ، فالبيع جائز في التي لم يشترها**) ش: أي في الجارية التي لم يشترها م: (**من البائع ويبطل**) ش: أي البيع م: (**في الأخرى**) ش: أي في الجارية الأخرى .

وهذه المسألة فروع المسألة المتقدمة لأنها مبنية على شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن

لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه ، فيكون مشترياً للأخرى بأقل مما باع، وهو فاسد عندنا ، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتهـا ، ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهداً فيه ، أو لأنه باعتبار شبهة الربا ، أو لأنه

ولهذا لم يجز البيع في التي اشتراها من البائع ، وبين ذلك بقوله م: **(لأنه)** ش: أي لأن المشتري لما باع الجاريتين بخمسمائة إحداهما هي التي اشتراها من البائع في المرة الأولى بخمسمائة والأخرى هي التي لم يشترها منه م: **(لا بد أن يجعل بعض الثمن)** ش: في البيع الثاني م: **(بمقابلة التي)** ش: أي بمقابلة الجارية التي م: **(لم يشترها منه)** ش: .

فلا محالة أن يكون ثمن الجارية التي بيعت أولاً أقل مما بيعت م: **(فيكون مشتريًا للأخرى بأقل مما باع ، وهو فاسد عندنا)** ش: كما في المسألة المتقدمة م: **(ولم يوجد هذا المعنى)** ش: وهو الشراء بأقل مما باع م: **(في صاحبتها)** ش: وهي الجارية التي ضمها إلى الجارية المبيعة لأنه ما اشتراها منه حتى باع بأقل منه فيجوز لعدم المفسد م: **(ولا يشيع الفساد لأنه ضعيف فيها)** ش: أي لأن الفساد ضعيف في الجارية المشتراة ، ولما ضعف الفساد لم يتعد إلى المضمومة إليها كما لو باع قنًا ومدبرًا حيث يصح في القن ولم يتعد فساد البيع في المدبر إلى القن لكون بيع المدبر مجتهدًا فيه م: **(لكونه)** ش: أي لكون الشراء فساد ما باع بأقل مما باع م: **(مجتهدًا فيه)** ش: فإن عند الشافعي -رضي الله عنه- يجوز بخلاف الجمع بين الحر والعبد في عقد واحد حيث يشيع الفساد في القن لأن الفساد في الحر قوي مجمع عليه .

فإن قلت: يشكل بما إذا أسلم حنطة في شعير وزيت وبين حصة كل واحد ودفع رأس المال إليه فإن السلم في الزيت لا يجوز ، وإن كان الفساد في هذا العقد مجتهدًا فيه ، فإن أسلم الحنطة في الشعير جائز عن الشافعي -رضي الله عنه- .

قلت: مبنى عقد السلم على المضايقة لتوقف الجواز على شرائط لم يتوقف عليها مطلق البيع فلا يلزم من تأثير الضعيف فيه تأثيره فيما بني على التوسع .

م: **(أو لأنه)** ش: أي ولأن الفساد م: **(باعتبار شبهة الربا)** ش: فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت إلى المشتراة الكفارة اعتبرنا شبهة الشبهة ، والمعتبر الشبهة لا شبهة الشبهة ، وبيان ذلك ما ذكره الإمام قاضي خان -رحمه الله- وهو أن المسألة الأولى إنما لم يصح شراء ما باع بأقل مما باع لشبهة الربا ، وذلك لأن الألف وإن وجب البائع بالعقد الأول لكنها على شرف السقوط لاحتمال أن يجد المشتري بها عيبًا فيرده فيسقط الثمن عن المشتري ، وبالبيع الثاني يقع الأمن عنه فيصير البائع بالعقد الثاني مشتريًا ألفًا بخمسمائة من هذا الوجه .

والشبهة ملحقة في الحقيقة في باب الربا احتياطًا م: **(أو لأنه)** ش: أي أو لأن الفساد م:

طارئ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسري إلى غيرها . قال : ومن اشترى زيتاً على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً ، فهو فاسد ، وإن اشترى على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز ، لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه .

(طارئ) ش: فلا يتعدى إلى الآخر م: (لأنه) ش: أي لأن الفساد م: (يظهر بانقسام الثمن) ش: وحاصل الكلام أن لظهور الفساد في المشتراة وجهين :

أحدهما: انقسام الثمن .

والآخر: هو قوله م: (أو المقاصة) ش: أما بيان انقسام الثمن فيما قال تاج الشريعة -رحمه الله- أو لأنه طارئ يعني أن فساد العقد في البعض إنما يؤثر في الباقي إذا كان المفسد مقارنًا ، وها هنا طارئًا لأنه ما شرط في العقد أن يكون بإزاء ما باعه بأقل من الثمن الأول بل جعل كل الثمن بمقابلة الجاريتين ، ثم ينقسم الثمن إذا وقعت المقاصة بين الثمن الثاني ، والأول ويبقى من الثمن الأول فضل يستحق الفساد ، والمقاصة تقع عقيب وجوب الثمن على البائع الأول بالعقد الثاني فيكون طارئًا . وأما بيان المقاصة فلأنه لما باعها بألف ثم اشتراها قبل نقد الثمن بخمسمائة فتقاصا خمسمائة بخمسمائة مثلها ، بقي للبائع خمسمائة أخرى مع الجارية ، والمقاصة تقع يجب عقيب وجوب الثمن على البائع بالعقد الثاني فيفسد عندها وذلك لا شك في طرفه م: (فلا يسري إلى غيرها) ش: أي فلا يسري الفساد إلى غير المشتراة ، كما إذا باع عبدين وفي أحدهما أجل إلى الحصاد ، أو جمع بين عبد ومدبر وباعهما فإن البيع لا يفسد في القن ولا في المدبر لأجل فيه . وقاله شمس الأئمة -رحمه الله- في «مبسوطه» في هذه المسألة .

فإن قيل: ينبغي أن يجعل مقابلة ما باع مثل الثمن الأول احتياطًا لتصحيح العقد قلنا : هذا الوجه غير متعين فإنه وإن جعل بمقابلته أكثر من الثمن الأول يجوز العقد أيضًا ، وعند المقاصة لا يترجح البعض على البعض من غير دليل وفيه نوع تأمل .

فإن قيل: ينبغي أن يفسد العقد في الآخر لأن قبول العقد في ذلك شرط لقبول العقد في الآخر وهو شرط فاسد كما هو مذهب أبي حنيفة -رحمه الله- في نظائرها .

قلنا: قبول العقد فيه ليس بشرط فاسد ، ألا ترى أنه لو كان ثمنه مثل الثمن الأول أو خلاف جنس الثمن الأول كان صحيحًا ، وإنما الفساد لأجل الربح الحاصل لا على ضمانه ، وهذا المعنى يقتصر على العبد الذي باعه ولا يتعدى إلى العقد في العبد الثاني .

م: (قال) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (ومن اشترى زيتًا على أن يزنه بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد ، وإن اشترى على أن يطرح عنه) ش: أي يطرح البائع عن المشتري م: (بوزن الظرف جاز) ش: أي البيع م: (لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد) ش: فإن مقتضاه

قال : ومن اشترى سمناً في زق ، فرد الظرف وهو عشرة أرطال ، فقال البائع : الزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري ، لأنه إن اعتبر اختلافاً في تعيين الزق المقبوض ، فالقول قول القابض ضميناً كان أو أميناً ، وإن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن ، فيكون القول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة . قال : وإذا أمر المسلم نصرانياً ببيع خمر أو

أن يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد ، وعسى أن يكون وزنه أقل من ذلك أو أكثر ، يشترط مقدار معين مخالف لمقتضاه ، وأيضًا ففيه نفع لأحد المتعاقدين من قبل أن وزن الظرف لو كان أقل من خمسين يجب تكميله فيخرج عن البيع بعض الزيت ولا يدرك ما مقداره، وإن كان وزن الظرف أكثر وجب ضم نفس الظرف إلى الزيت ولا يدري كم يكون .

م: **(والثاني)** ش: أي الشرط الثاني وهو طرح وزن الظرف م: **(يقتضيه)** ش: أي العقد لأن طرح الظرف بوزنه شرط يوجبه العقد لأن الظرف غير مبيع وطرح وزن الظرف واجب فيكون شرطًا ملائمًا للعقد فلا يفسد العقد به ، كذا في «جامع البزدوي» .

م: **(قال : ومن اشترى سمنًا في زق فرد الظرف ، وهو عشرة أرطال ، فقال البائع : الزق غير هذا وهو خمسة أرطال)** ش: صورة المسألة في «الجامع» ، محمد عن يعقوب -رحمه الله- عن أبي حنيفة -رحمه الله- في رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق ، كل رطل بدرهم فوزن له السمن والزق فبلغ مائة رطل وقبضه المشتري ثم جاء فقال وجدت السمن تسعين رطلاً والزق هذا وزنه عشرة أرطال ، وقال البائع : الزق غير هذا وزنه خمسة أرطال والسمن خمسة وتسعون رطلاً ، قال : هذا جائز م: **(فالقول قول المشتري)** ش: أي مع يمينه إذا لم يقم البائع البينة .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن هذا الاختلاف م: **(إن اعتبر اختلافًا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينًا كان)** ش: كالغاصب م: **(أو أمينًا)** ش: كالمودع م: **(وإن اعتبر اختلافًا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن ، فيكون القول قول المشتري لأنه ينكر الزيادة)** ش: والقول قول المنكر مع يمينه .

فإن قيل: الاختلاف في الثمن يوجب التحالف فما وجه المعدول إلى الحلف ؟ أجيب : بأن موجبه إذا كان قصدًا وهذا ضمني لوقوعه في ضمن الاختلاف في الزق ، والفقه فيه أن الاختلاف الابتدائي في الثمن إنما يوجب التحالف ضرورة أن كل واحد منهما يدع خلاف عقد الآخر ، وأما الاختلاف بناء على اختلافهما في الزق فلا يوجب الاختلاف في العقد فلا يوجبه .

م: **(قال)** ش: أي محمد في « الجامع الصغير » : م: **(وإذا أمر المسلم نصرانيًا ببيع خمر أو**

بشرائها ففعل ذلك ، جاز عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا : لا يجوز على المسلم .وعلى هذا الخلاف الخنزير ، وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع صيده . لهما ، أن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ؛ لأن ما يثبت للوكيل ينتقل إليه فصاركأنه باشره بنفسه فلا يجوز . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته ، وانتقال الملك إلى الآمرأمر حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام ، كما إذا ورثهما . ثم إن كان خمراً يخللها وإنكان خنزيراً يسيبه .

بشرائها ففعل ذلك جاز عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقالا : لا يجوز على المسلم) ش: يعني يبطل ولا ينفذ على المسلم ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد -رضي الله عنهم- م: (وعلى هذا الخلاف الخنزير) ش: إذا وكل المسلم نصرانيًا ببيع خنزير أو شرائه م: (وعلى هذا) ش: الخلاف م: (توكيل المحرم) ش: آخر م: (غيره ببيع صيده . لهما) ش: أي لأبي يوسف -رحمه الله- ومحمد -رحمه الله - أن الموكل لا يليه) ش: أي لا يلي الذي أمره للنصراني م: (فلا يوليه غيره) ش: لأن المسلم لا يملك بنفسه فلا يملك غيره .

لأن تمليك مالا يملك لا يجوز كنكاح المجوسية م: (ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إليه) ش: أي إلى الموكل م: (فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز) ش: فمباشرته بنفسه لا يجوز فكذا توكيله به م: (ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن العاقد هو الوكيل بأهليته) ش: لأن النصراني أهل لمباشرة ذلك م: (وولايته) ش: أي وولاية العاقد ذلك م: (وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمي) ش: .

جواب : عن قولهما كما ثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل بيانه : أن انتقال الملك إلى الآمر وهو الموكل حكمي ، يعني جبري لا اختياري فلذلك لم يجعل كالمباشر بنفسه م: (فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما) ش: أي كما إذا ورث المسلم الخمر والخنزير بأن كان أبو المسلم نصرانيًا أسلم وترك خمرًا وخنزيرًا فصار كمسلم له عبد نصراني مأذون أو مكاتب اشترى خمرًا صح وثبت الملك للمولى .

فإن قلت: الوراثة أمر جبري والتوكيل اختياري . فأنى يتشابهان ؟ أجيب بأن ثبوت الحكم أعني الملك للموكل بعد تحقق العلة أعني مباشرة الوكيل جبري ، لذلك يثبت بدون اختياره شاء أو أبى في غير هذه الصورة بالاتفاق كما في الموت .

م: (ثم) ش: لما صح شراء الوكيل م: (إن كان) ش: الموكل به م: (خمرًا يخللها) ش: الموكل م: (وإن كان خنزيرًا يسيبه) ش: لكن قالوا : هذه الوكالة مكروهة أشد الكراهة .

وقال الفقيه أبو الليث -رحمه الله- : فعلى قول أبي حنيفة -رحمه الله- لما جاز البيع ينبغي للمسلم أن يتصدق بالثمن ، وأما قولهما : إن الموكل لا يليه فلا يوليه غيره منقوض بمسائل منها : إن رجلاً لو وكل غيره بشراء عبد بعينه فوكل هذا الوكيل غيره بشراء ذلك يجوز

قال : ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها ، فالبيع فاسد ؛ لأن هذا بيع وشرط ، والنبي ﷺ نهى عن بيع وشرط ، ثم جملة المذهب فيه أن يقال : كل شرط يقتضيه العقد ، كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد

ويثبت الملك للوكيل ولا يملك هو أن يشتريه لنفسه ، ومنها أن القاضي إذا أمر ذميًا ببيع خمر أو خنزير خلفه ذمي آخر يصح والقاضي لايملك التصرف بنفسه .

ومنها ، أن الذي إذا وصى إلى مسلم وقد ترك خمرًا أو خنزيرًا فإن الموصي يوكل ذميًا بالبيع والقسمة وهو لا يلي ذلك بنفسه ، وفي «الجنازية » المريض مرض الموت لو باع بما يتغابن في مثله وعليه ديون مستغرقة لا يجوز ، ومن وصيه يجوز بعد موته ، وكذا لا يبيع الإمام عروض الولد ووصيها يبيع العروض التي هي من ميراثها ، والقياس على تزويج المجوسي مدفوع لأن حقوق العقد في باب النكاح راجعة إلى الموكل لا إلى الوكيل لأنه سفير وفي باب الشراء والبيع على العكس .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- في« مختصره»: م: **(ومن باع عبدًا على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه، أو أمة)** ش: أي أو باع أمة م: **(على أن يستولدها ، فالبيع فاسد ؛ لأن هذا بيع وشرط ، والنبي ﷺ نهى عن بيع وشرط)** ش: وفي بعض النسخ ، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع وشرط ، وهذا رواه أبو حنيفة -رحمه الله- عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن « **النبي ﷺ نهى عن بيع وشرط**»[(١)] .

ومطلق النهي يقتضي الفساد ولا خلاف في هذه الجملة بيننا وبين الشافعي -رضي الله عنه- إلا في شرط العتق فعند الشافعي -رحمه الله- يجوز ذلك وهو رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - كذا في « شرح الأقطع » . واختلف الفقهاء في البيع والشرط على ثلاثة أقوال قال أصحابنا : البيع والشرط كلاهما باطلان . وقال ابن أبي ليلى : البيع جائز والشرط باطل . وقال ابن شبرمة : البيع والشرط كلاهما جائزان .

م: **(ثم جملة المذهب فيه)** ش: أي الجملة الكلية والأصل الشامل بفروع أصحابنا م: **(أن يقال: كل شرط يقتضيه العقد)** ش: أي يجب بالعقد من غير شرط م: **(كشرط الملك للمشتري)** ش: وشرط تسليم الثمن أو المبيع أو شرط حبس المبيع لاستيفاء الثمن م: **(لا يفسد العقد)** ش: لأن كل هذه

---

(١) لا أصل له : قال شيخ الإسلام ابن تيمية في الفتاوي (٣/ ٣٢٦) ، يروى في حكاية عن أبي حنيفة . وابن أبي سلمة وشريك ، ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ، ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء ، ذكروا أنه لا يعرف ، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه . بتصرف من السلسلة الضعيفة للعلامة الألباني حديث (٤٩١) .

لثبوته بدون الشرط ، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، أو للمعقود عليه، وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع ؛ لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا ،

تثبت بمطلق العقد م: (**لثبوته بدون الشرط**) ش: أي لثبوت مطلق العقد بدون هذا الشرط وذكره لا يفيد إلا تأكيدًا م: (**وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه**) ش: أي والحال أن فيه م: (**منفعة لأحد المتعاقدين**) ش: بأن اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو ثوبًا على أن يخيطه ، أو باع عبدًا على أن يخدم البائع شهرًا ، أو دارًا على أن يسكن فيه البائع شهرًا مثلاً ولو شرطًا لا يقتضيه العقد ، ولكن ورد الشرع بجوازه كالأجل ، والخيار رخصة وتيسيرًا فإنه لا يفسد العقد لأنه لما ورد الشرع به دل على أنه من باب المصلحة دون المفسدة والقياس أن يفسد ، ولكن أخذنا بالاستحسان للحديث الوارد في باب الخيار ولو شرطا شرطًا أن يعطي لا يقتضيه العقد ولا ورد الشرع به لكنه يلائم العقد ويوافقه نحو أن يشتري ، بشرط البائع كفيلاً بالثمن أو رهنًا بالثمن ولم يعين الكفيل ولا أشار إلى أحد فالبيع فاسد .

وكذلك إذا لم يسم الرهن ولا أشار إليه وإذا عينها بالإشارة أو التسمية فالقياس أن لا يجوز البيع أيضًا . وبه أخذ زفر -رحمه الله- وفي «الاستحسان » : يجوز وهو الصحيح والشرط في صحة اشتراط الكفالة حضور الكفيل في المجلس وقبوله ، وإذا كان غائبًا لا يجوز وإحضار الرهن في المجلس ليس بشرط .

وما لم يسلم الرهن إلى البائع لا يثبت فيه حكم الرهن ، فإن امتنع عن التسليم لا يجبر عليه ، وعند زفر -رحمه الله- يجبر لكن عندنا يقال للمشتري : إما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تدفع الثمن أو تفسخ البيع . فإن لم يقبل المشتري شيئًا من ذلك فللبائع أن يفسخ البيع لأنه فات غرضه ، ثم إنه قال : وفيه منفعة لأحد المتعاقدين لأنه إذا كان في الشرط ضرر لأحدهما بأن باع ثوبًا أو حيوانًا سوى الرقيق بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه ، ذكر في المزارعة الكبيرة أنه لا يفسد بهذا الشرط . روي عن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يفسد والأول هو الصحيح م: (**أو للمعقود عليه**) ش: أي أو في الشرط منفعة للمعقود عليه .

م: (**وهو**) ش: أي المعقود عليه م: (**من أهل الاستحقاق**) ش: أي من أهل أن يستحق حقاً على الغير وهو الآدمي ، وقال بعض الشراح : من أهل الاستحقاق أي من أهل الخصومة وليس هذا إلا الآدمي م: (**يفسده**) ش: جواب قوله : وكل شرط لا يقتضيه العقد، أي يفسد العقد م: (**كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المبيع ؛ لأن فيه**) ش: أي في هذا الشرط م: (**زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا**) ش: لأن الربا عبارة عن فضل حال عن المعوض .

أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده ، إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس ، ولو كان لا يقتضيه العقد ، ولا منفعة فيه لأحد ، لا يفسده ، وهو الظاهر من المذهب

وهذا الشرط حال عن عوض لأن العاقدين تقابلا العوض مع المعوض والشرط الذي شرطاه ليس في مقابلته عوض ، وفيه معنى المال ولهذا يجوز أخذ المعوض عن الشرط ولم يعوض عنه بشيء في العقد فكان ربا ولهذا يجاب عما يقال : لا تطلق الزيادة إلا على المجانس للمزيد عليه والشرط منفعة فكيف يكون ربا ؟

م: (**أو لأنه**) ش: أي ولأن هذا الشرط م: (**يقع بسببه المنازعة**) ش: لأنه ذريعة إلى وقوع النزاع لتمكن المطالبة بينهما بهذا الشرط م: (**فيعرى العقد عن مقصوده**) ش: أي مقصود العقد أي منه وهو التملك والتمليك وقيل المقصود من العقد قطع المنازعة .

وقال الأترازي : مقصود العقد هو الاسترباح م: (**إلا أن يكون متعارفاً**) ش: هذا استثناء من قوله يفسده ، أي إلا أن يكون الشرط متعارفاً بين الناس ، كما لو اشترى نعلاً أو شراكين بشرط أن يحذوه البائع فلا يفسد به البيع م: (**لأن العرف قاض على القياس**) ش: لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام: « **ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن** »[1] أو ثابت بالإجماع ، فيكون العرف راجحاً على القياس إما بالنص أو بالإجماع ولأن التورع من العادة الظاهرة حرج بين والحرج مدفوع الكل .

وفي «المبسوط» لا يقال فساد البيع بشرط ثابت بالحديث ، والعرف ليس بقاض عليه لأنه معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث .

م: (**ولو كان**) ش: أي الشرط م: (**لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده**) ش: **أي لا** يفسد العقد لأن الشرط يلغو أو يصح العقد م: (**وهو الظاهر من المذهب**) ش: يعني عدم فساد العقد وآخر الشرط هو الظاهر من مذهبنا واحترز به عما روي عن أبي يوسف - رحمه الله - ،

---

(١) قال العلامة الألباني في السلسلة الضعيفة (٢/ ٥٣٣) ، موضوع مرفوعًا ، ولفظه « **إن الله نظر في قلوب العباد فلم يجد قلبًا أتقى من أصحابي ولذلك اختارهم فجعلهم أصحابًا فما استحسنوا فهو عند الله حسن وما استقبحوا فهو عند الله قبيح** » رواه الخطيب في الفقيه والمتفقه (٤/ ١٦٥) ، وفيه سليمان بن عمرو النخعي وهو كذاب . ثم قال: أخرجه أحمد (٣٦٠٠) والطيالسي ص (٣٢) ، وأبو سعيد بن الأعرابي في معجمه (٨٤/ ٢) ، من طريق عاصم عن زر بن حبيش عن ابن مسعود . . . موقوفًا وقال الحاكم : صحيح الإسناد ووافقه الذهبي، وقال الحافظ السخاوي: هو موقوف حسن . انتهى.

كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة ؛ لأنه انعدمت المطالبة ، فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة ، إذا ثبت هذا نقول : هذه الشروط لا يقتضيها العقد لأن قضيته الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً ، والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه ، والشافعي وإن كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة ، فالحجة عليه ما ذكرناه ، وتفسير البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لأن يشترط فيه ،

حيث قال : يبطل العقد ، ثم ذكر صورة هذا بقوله م: (**كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لأنه انعدمت المطالبة**) ش: أي من الدابة لأنه لا يطالبه بهذا الشرط م: (**فلا يؤدي إلى الربا ولا إلى المنازعة**) ش: فكان الشرط لغواً .

م: (**إذا ثبت هذا**) ش: يعني ما ذكره في أول المسألة بقوله : ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكاتبه أو أمة على أن يستولدها ، فالبيع فاسد م: (**نقول هذه الشروط**) ش: أي الإعتاق والتدبير والكتابة ، والاستيلاد م: (**لا يقتضيها العقد لأن قضيته**) ش: أي قضية العقد م: (**الإطلاق في التصرف والتخيير**) ش: أي إطلاق التصرف في المبيع للمشتري باختياره كيف شاء من غير تقييد تصرف دون تصرف م: (**لا الإلزام حتمًا**) ش: أي دون الإلزام على تصرف واحد على سبيل الحتم ، أي الوجوب والشرط يقتضي الإلزام حتما وبينهما منافاة ظاهرة وهو معنى قوله م: (**والشرط يقتضي ذلك**) ش: أي الإلزام م: (**وفيه**) ش: أي في هذا الشرط أيضاً .

م: (**منفعة للمعقود عليه**) ش: وقد بيناه فيما مضى م: (**والشافعي ، وإن كان يخالفنا في العتق**) ش: حيث يقول بيع الرقيق بشرط العتق يجوزه ، لكن هذا في قول منه ، وفي «شرح الوجيز» في بيع الرقيق بشرط العتق قولان : أحدهما أنه لا يصح ،

وبه قال مالك - رحمه الله - وأحمد -رحمه الله - وأبو حنيفة -رحمه الله- في رواية الحسن وفي قول الشرط باطل والبيع جائز م: (**ويقيسه**) ش: أي الشافعي -رضي الله عنه- يقيس هذا م: (**على بيع العبد نسمة**) ش: ومعناه يأتي الآن لأن المصنف- رحمه الله- ذكره ، وقال الأترازي : انتصاب نسمة على الحالة على معنى معرضاً للعتق ، وذلك أن القسمة لما ذكرها في مثل قوله عليه الصلاة والسلام ، فك رقبة وعتق النسمة ، صارت كأنها اسم لما هو معرض للعتق فعوملت معاملة الأسماء المتضمنة لمعنى الأفعال ، كذا قال المطرزي - رحمه الله - والنسمة النفس مشتقة من نسيم الريح .

م: (**فالحجة عليه**) ش: أي على الشافعي- رحمه الله - م: (**ما ذكرناه**) ش: وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، وقد مضى م: (**وتفسير البيع نسمة أن يباع ممن يعلم أنه يعتقه لأن يشترط**) ش: أي العتق م: (**فيه**) ش: أي في العبد ، وقال السغناقي- رحمه الله -: قوله :

فلو أعتقه المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق ، صح البيع حتى يجب عليه الثمن ، عند أبي حنيفة- رحمه الله- . وقالا: يبقى فاسداً حتى تجب عليه القيمة ؛ لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً ، كما إذا تلف بوجه آخر ، ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه ، ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب ، فإذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملائمة

ويقيسه على بيع العبد نسمة غير مستقيم على ما ذكره في «المبسوط» من تفسير الشافعي -رحمه الله - ، بيع العبد نسمة حيث قال من جانب الشافعي رضي الله عنه لأن الشراء بشرط الإعتاق متعارف بين الناس لأن بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وغيرها .

ثم قال : وتفسيره البيع بشرط العتق وكان بيع العبد نسمة على ذلك التفسير عن البيع بشرط العتق ، فحينئذ يلزم قياس الشيء على نفسه وذلك باطل ، وقال الكاكي -رحمه الله - : يمكن أن يجاب عنه .

وقال الأترازي - رحمه الله - : كيف صح تفسير المصنف - رحمه الله - البيع نسمة ، صح قياس الشافعي - رحمه الله - البيع بشرط العتق عليه لأن المقيس والمقيس عليه غيران أما على ما قال صاحب المبسوط فلا وجه له لأن المقيس هو المقيس عليه بعينه .

م: (**فلو أعتقه المشتري**) ش: أي فلو أعتق العبد المشتري الذي شرط عتقه البائع في العقد م: (**بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة -رحمه الله -: وقالا: يبقى فاسداً**) ش: كما كان م: (**حتى تجب عليه القيمة ؛ لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً ، كما إذا تلف بوجه آخر**) ش: بأن مات أو قتله أو باعه ، وفي «المبسوط » قولهما قياس .

وهو رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - وقال في «التحفة» لو أعتقه قبل القبض لم ينفذ عتقه وإن أعتقه بعد القبض عتق فانقلب العقد جائزاً استحساناً ، في قول : أبي حنيفة - رحمه الله - وقال لا ينقلب العقد جائزاً إذا أعتقه حتى يجب عليه قيمة العبد ، ووجوب الثمن دليل الجواز ووجوب القيمة دليل الفساد .

م: (**ولأبي حنيفة - رحمه الله - أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه**) ش: إشارة إلى قوله لأن قضية الإطلاق في التصرف م: (**ولكن من حيث حكمه يلائمه لأنه**) ش: أي لأن العتق م: (**منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر ولهذا**) ش: إيضاح لقوله والشيء بانتهائه يتقرر م: (**لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب**) ش: يستدل به على أن العتق مقرر للملك ومتمم له ، إذ لو كان مزيلاً لمنع الرجوع بالنقصان كالعيب .

م: (**فإذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملائمة**) ش: لأنه يقرر الفساد لصورة الشرط دون

فيتقرر الفساد ، وإذا وجد العتق تحققت الملائمة فيترجح جانب الجواز ، فكان الحال قبل ذلك موقوفاً . قال : وكذلك لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً ، أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري درهماً ، أو على أن يهدي له هدية ؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف.ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع، وقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة .

الحكم وهو معنى قوله م: (**فيتقرر الفساد ، وإذا وجد العتق تحققت الملائمة**) ش: باعتبار الملائمة بالعتق م: (**فيترجح جانب الجواز**) ش: على جانب الفساد م: (**فكان الحال قبل ذلك موقوفاً**) ش: أي كان حال العقد موقوفاً قبل الإعتاق بين بقائه فاسداً أو انقلابه إلى الجواز بالإعتاق ، فلما وجد الإعتاق ترجح جانب الجواز فانقلب جائزاً .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وكذلك**) ش: يفسد م: (**لو باع عبداً على أن يستخدمه البائع شهراً أو داراً على أن يسكنها ، أو على أن يقرضه المشتري درهماً ، أو على أن يهدي له هدية**) ش: فالبيع فاسد م: (**لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه عليه الصلاة والسلام**) ش: أي لأن النبي ﷺ م: (**نهى عن بيع وسلف**) ش: هذا الحديث رواه أصحاب السنن الأربعة إلا ابن ماجة اختصره من حديث عبد الله بن عمر ، وابن العاص - رضي الله عنهم - قال : قال رسول الله ﷺ لايحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك[1] . وقال الترمذي -رحمه الله - حديث حسن صحيح ورواه محمد بن الحسن الشيباني- رحمه الله - في كتاب «الآثار» وفسره . وقال : أما السلف والبيع فالرجل يقول للرجل أبيعك عبدي هذا بكذا أو كذا على أن تقرضني كذا وكذا، وأما الشرطان في البيع فالرجل يبيع الشيء بألف حالاً ومؤجلاً بألفين ، وأما ربح ما لم يضمن فالرجل يشتري الشيء فيبيعه قبل أن يقبضه بربح م: (**ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع ، ولو كان لا يقابلهما**) ش: يعني شيئاً من الثمن م: (**يكون إعارة في بيع**) ش: وكل ذلك فاسد .

م: (**وقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة**)[2] ش: هذا الحديث رواه أحمد - رحمه الله -

---

(١) سبق تخريجه .

(٢) رواه أحمد (٢/ ١٧٤) ، والترمذي (١٢٣١) ، والنسائي (٧/ ٢٦٠) ، والبيهقي (٥/ ٣٤٢) ، وإسناد أحمد فيه شريك وهو ضعيف وسماك وهو متكلم فيه . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .
قلت: فيه محمد بن علقمة بن الوقاص الليثي وهو متكلم فيه . رواه ابن حبان (٧/ ٢٢٦) ، من طريق زائدة عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة مرفوعًا . ورواه ابن حبان من طريق شعبة عن سماك . موقوفًا .
قلت: وهو الأرجح ورجحه العقيلي . وصححه العلامة الألباني حفظه الله .

قال : ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد ؛ لأن الأجل في المبيع العين باطل ، فيكون شرطاً فاسداً ، وهذا لأن الأجل شرع ترفيهاً فيليق بالديون دون الأعيان .

في مسنده بإسناده إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قال : نهى رسول الله ﷺ عن صفقتين في صفقة .

قال أسود بن عامر أحد رواة الحديث - قال شريك هو الآخر من رواته هو أن يبيع الرجل بيعاً فيقول : هذا نقد بكذا ونسيئة بكذا ، وروى العقيلي - رحمه الله - من طريق سماك مرفوعاً الصفقة في الصفقتين ربا ، وروى الترمذي - رحمه الله - من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيعين ، والصفقة في اللغة ضرب اليد على اليد في البيع كذا ذكره في مجمل اللغة ، ويراد بها في العقد لأن أحد المتعاقدين يضع يده على يد الآخر إذا أراد العقد ، وروى الترمذي - رحمه الله - من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن بيعتين في بيعة .

قال الترمذي - رحمه الله - قال بعض أهل العلم أن يقول الرجل : أبيعك هذا الثوب نقداً بعشرة ونسيئة بعشرين فلا مفارقة على أحد البيعتين ، فإذا فارقه على أحدهما فلا بأس إذا كانت العقدة على واحد منهما ، وقال الشافعي -رضي الله عنه- ومعنى نهى النبي ﷺ عن بيعتين في بيعة ، أن يقول أبيعك داري هذه بكذا على أن تبيعني غلامك بكذا ، فإذا وجب لي غلامك وجبت لك داري وهذا تفارق عن بيع بثمن معلوم ، ولا يدري كل واحد منهما على ما وقعت عليه صفقته، انتهى .

وبقولنا قال الشافعي - رضي الله عنه- وعن مالك -رحمه الله - أنه إذا شرط من منافع المبيع يسير السكنى في الدار يوماً صح ، وقال أحمد - رحمه الله - أما شرط سكنى الدار يوماً أو يومين لم يفسده بعدم الإفضاء إلى المنازعة ظاهراً ، وقال ابن أبي ليلى وإبراهيم النخعي والحسن البصري - رحمه الله - البيع جائز والشرط فاسد ، وقال ابن شبرمة - رحمه الله - : البيع صحيح والشرط صحيح وإليه ذهب الأوزاعي وأحمد - رحمه الله - في بيع الدار بشرط سكناها وبيع دابة بشرط ظهرها .

م: (قال) ش: أي القدوري م: (**ومن باع عيناً على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر ، فالبيع فاسد ؛ لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً**) ش: وبه قال الشافعي -رضي الله عنه- وكذا في الثمن المعين عنده لا يصح تأجيله لعدم الفائدة ، واحترز بالبيع المعين إذا كان المبيع ديناً كالمسلم فيه ، فإن الأجل فيه صحيح م: (**وهذا**) ش: أي بطلان الأجل في المبيع المعين م: (**لأن الأجل شرع ترفيهاً**) ش: أي تيسيراً م: (**فيليق بالديون دون الأعيان**) ش: لأن الدين غير حاصل فكان الأجل

قال : ومن اشترى جارية إلا حملها فالبيع فاسد ، والأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد ، والحمل من هذا القبيل ، وهذا لأنه بمنزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناولها ، فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً ، والبيع يبطل به . والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع لأنها تبطل بالشروط الفاسدة ، غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها،

فيه اتباع المدة التي يتمكن المشتري من تحصليه فيها بالكسب ، أما المعين فحاصل فلا حاجة فيها إلى ذكر الأجل للترفيه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ومن اشترى جارية إلا حملها فالبيع فاسد**) ش: وبه قال الشافعي في الأصح م: (**والأصل**) ش: أي في هذا م: (**أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد ، والحمل من هذا القبيل**) ش: فإن الجنين ما دام في بطن أمه فهو في حكم جزء منها ، كاليد والرجل ألا ترى أنه يقطع عنها بالمقراض .

وأجزاء الحيوان لا تقبل العقد مقصوداً فلا يكون مقصوداً بالاستثناء ، وهذا لأن الجنين في البطن مجهول لا يدرى أذكر أم أنثى أو خنثى واحد أو أكثر م: (**وهذا**) ش: أي كون الجنين من هذا القبيل م: (**لأنه بمنزلة أطراف الحيوان**) ش: كما ذكرنا وذلك م: (**لاتصاله به خلقة**) ش: أي لاتصال الجنين بالأم من حيث الخلقة .

م: (**وبيع الأصل يتناولها**) ش: أي يتناول الأطراف ، وفي بعض النسخ يتناولهما أي يتناول الأم والحمل ، وفي بعض النسخ يتناوله أي يتناول الحمل فإذا كان كذلك م: (**فالاستثناء يكون على خلاف الموجب**) ش: أي موجب العقد لأن العقد يوجب أن يكون الحمل بيعاً غير مقصود م: (**فلم يصح فيصير شرطاً فاسداً والبيع يبطل به**) ش: أي بالشرط الفاسد م: (**والكتابة والإجارة والرهن بمنزلة البيع**) ش: ذكر هذه المسألة تفريعاً لمسألة القدوري - رحمه الله - وذلك نحو ما إذا كاتب عبده على جارية إلا حملها أو أجرداره على جارية إلا حملها أو رهن جارية إلا حملها ، ففي الكل يفسد العقد كما يفسد البيع م: (**لأنها**) ش: أي لأن الكتابة والإجارة والرهن

م: (**تبطل بالشروط الفاسدة ، غير أن المفسد في الكتابة**) ش: استثناء من قوله : تبطل بالشروط الفاسدة ، يعني هذه الأشياء الثلاثة تبطل بالشروط الفاسدة إلا أن المفسد أي الشرط المفسد في الكتابة م: (**ما يتمكن في صلب العقد منها**) ش: أي من الشروط المفسدة ، كالكتابة على الخمر والخنزير أو على قيمته حيث دخل في البدل ، وأما إذا لم يكن في صلب العقد منها كما إذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من اليد فله أن يخرج ، والعقد صحيح لأن الكتابة تشبه البيع انتهاء لأنه مال في حق المولى ولا يصح إلا ببدل معلوم ، ويحتمل الفسخ ابتداء .

والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل ، بل يبطل الاستثناء لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة ، وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية ؛ لأن الوصية أخت الميراث ، والميراث يجري فيما في البطن ، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها لأن الميراث لا يجري فيها . ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً أو قباء ، فالبيع فاسد ؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، ولأنه يصير صفقة في صفقة

وما يشبه النكاح من حيث إنه ليس بمال في حق نفسه ، ولا يحتمل الفسخ بعد تمام المقصود فألحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب العقد ، وبالنكاح فيما إذا لم يتمكن منه .

م: (**والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا تبطل باستثناء الحمل ، بل يبطل الاستثناء ؛ لأن هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة**) ش: لأن الفساد باعتبار إفضائه إلى الربا وذلك لا يتحقق إلا في المعاوضات وهذه تبرعات وإسقاطات ، وصور هذه الأشياء بأن قال : وهبت هذه الجارية لك إلا حملها أو تصدقتها عليك إلا حملها أو حبلتها مهر أو بدل الخلع أو بدل الصلح عن دم العمد إلا حملها .

فإن قلت : الهبة من قبل التمليكات ينبغي أن يفسد بالاستثناء .

قلت : سلمنا ذلك ولكن عرفنا بالنص أن الشرط المفسد لا يفسدها ، فإنه ﷺ أجاز العمرى وأبطل شرطه للمعمر حتى يصير العمرى لورثة الموهوب له لا لورثة المعمر إذا شرط عوده وصح العقد وبطل الاستثناء .

م: (**وكذا الوصية لا تبطل به**) ش: أي باستثناء الحمل م: (**لكن يصح الاستثناء**) ش: بأن قال : أوصيت بهذه الجارية لفلان إلا حملها م: (**حتى يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية**) ش: يعني يكون للموصي له م: (**لأن الوصية أخت الميراث**) ش: من حيث إن الملك في كل منهما يحصل بعد الموت م: (**والميراث يجري فيما في البطن**) ش: لأنه عين م: (**بخلاف ما إذا استثنى خدمتها**) ش: يعني أوصى بجارية لفلان واستثنى خدمتها ، لا يصح الاستثناء وقيل بطل حتى تكون الجارية وخدمتها جميعاً للموصي له .

م: (**لأن الميراث لا يجري فيها**) ش: لأنها ليست بعين ، وفي بعض النسخ لا يجري فيه ذكر ضمير الخدمة باعتبار المذكور م: (**ومن اشترى ثوباً على أن يقطعه البائع ويخيطه قميصاً أو قباء ، فالبيع فاسد**) ش: وهو من مسائل القدوري - رحمه الله - لا خلاف فيه للأربعة .

م: (**لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين**) ش: يعني للمشتري م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن هذا العقد م: (**يصير صفقة في صفقة**) ش: يعني إجارة في بيع أو إعارة في بيع م:

على ما مر . ومن اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع أو يشركه فالبيع فاسد . قال ما ذكره . جواب القياس ووجهه ما بينا ، وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب ، وللتعامل جوزنا الاستصناع .

(على ما مر) ش: أشار به إلى قوله ولأنه لو كانت الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن إلى آخره .

م: (**ومن اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع**) ش: النعل الصرم تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه قال الجوهري : الصرم الجلد فارسي معرب ، ومعنى يحذوها يجعلها مساوياً للآخر م: (**أو يشركه**) ش: من التشريك وهو وضع الشراك وفي الصحاح : شركت نعلي جعلت له شراكاً والتشريك عليه ، والشراك هو أحد سيور النعل التي تكون على وجهها م: (**فالبيع فاسد**) ش: وهو القياس فلذلك قال المصنف بقوله م: (**قال**) ش: أي المصنف بقوله م: (**ما ذكره**) ش: أي ما ذكره القدوري -رحمه الله - من قوله فالبيع فاسد .

م: (**جواب القياس ووجهه**) ش: أي وجه القياس م: (**ما بينا**) ش: أراد به قوله : لأنه شرط لا يقتضيه العقد إلى آخره ، وبالقياس قال زفر والشافعي - رحمه الله - في الأصح م: (**وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار**) ش: أي فصار جواز شراك النعل بشرط حذو البائع وتشريكه .

م: (**كصبغ الثوب**) ش: أي كجواز صبغ الثوب ، يعني لو استأجر صباغاً ليصبغ ثوبه ففي القياس لا يجوز لأنه عقد على استهلاك العين وهو الصبغ والإجارة ، بيع المنافع لا بيع العين وفي صبغه يلزم بيع العين ولهذا لا يجوز استئجار البقرة لشرب اللبن ، وكذا ترك القياس في استئجار الحمام والظئر لأن فيهما استهلاك الماء واللبن م: (**وللتعامل جوزنا الاستصناع**) ش: مع أن القياس يأباه لأنه بيع العدوم .

ومن أنواع التعامل ما ذكره في شرح الطحاوي ما لو اشترى صرماً أي جلداً على أن يجوز البائع له خفاً ، أو اشترى قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع من عنده ، جاز البيع بهذا الشرط للتعادل .

وفي «المبسوط» اشترى شاة بشرط أنها حامل فالعقد فاسد ، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في قول وقال : في الأصح يصح وهو رواية الحسن -رحمه الله - .

وقال بعض أصحابه : القولان في غير الآدمي ، أما في الجواري يصح قولاً واحداً، وذكر هشام -رحمه الله - عن محمد -رحمه الله - اشترى جارية على أنها حامل يجوز البيع إلا أن يظهر أن المشتري يريدها للظورة فحينئذ يفسد .

قال : والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ، إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل ، وهي مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائه على المماكسة، إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلوماً عندهما ،

وعن الهندواني - رحمه الله - لو شرط الحبل من البائع لا يفسد لأن البائع يذكره على بيان العيب عادة ، ولو وجد في المشتري يفسد لأنه ذكره على وجه اشتراط الزيادة

م: (**قال والبيع إلى النيروز**) ش: أصله النوروز ولكن لما لم يكن في أوزان العرب فيعول أبدلوا الواو ياء وهو يوم في طرف الربيع م: (**والمهرجان**) ش: معرب مهركان وهو يوم في طرف الخريف، وقال في« زيح كوشياء» : النيروز أول يوم من فروردي ماه و المهرجان هو اليوم السادس عشر من مهرماه .

قلت : «فروردي ماه» أول أشهر الفرس ، و«مهرماه » هو الشهر السابع من السنة عندهم .

م: (**وصوم النصارى وفطر اليهود**) ش: خص الصوم بالنصارى ، والفطر باليهود لاحتمال أن يكون مبدأ صوم اليهود معلوماً دون صومهم ،ألا ترى أن التأجيل إذا كان إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم يصح ، لأن مدة صومهم بالأيام معلومة وهي خمسون يوماً م: (**إذا لم يعرف المتبايعان**) ش: أي المشتري والبائع م: (**ذلك**) ش: أي وقت هذه الأشياء م: (**فاسد**) ش: خبر المبتدأ أعني قوله : والبيع إلى النيروز وما بعده عطف عليه والفساد م: (**لجهالة الأجل**) ش: لأن هذه الآجال ليست من آجال المسلمين ، فإنهم لا يعرفون وقت ذلك عادة حتى لو كانت معلومة عند المتبايعان ، جاز البيع بمنزلة الأهلة .

م: (**وهي**) ش: أي جهالة الأجل م: (**مفضية إلى المنازعة في البيع لابتنائه**) ش: أي لابتناء البيع، وفي بعض النسخ لابتنائها ، قال الأترازي « رحمه الله » : أنت الضمير الراجع إلى البيع على تأويل المعاوضة أو الصفقة ، وما قيل الضمير راجع إلى المنازعة فليس بشيء م: (**على المماكسة**) ش: أي على المجادلة في النقصان، والمماكسة موجودة في المبايعة إلى هذا الأجل لابتناء المبايعةعلى المماكسة م: (**إلا إذا كانا**) ش: استثناء من قوله : فاسد ، أي إلا إذا كان المتبايعان م: (**يعرفانه**) ش: أي الأجل م: (**لكونه معلوماً عندهما**) ش: لارتفاع الجهالة ومعرفة غيرهما لا يعتبر لأن الأجل حق لهما . وقال الفقيه أبو الليث في «شرح الجامع الصغير » : وفي قول ابن أبي ليلى - رحمه الله - جاز البيع إلى هذه الآجال لأن التفاوت قليل ، وقال فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ، والتوكيل إلى هذه الأوقات يجوز لأن الكفالة عقد تبرع ، ومبنى التبرع على المساهلة .

ولهذا صحت الكفالة بالمجهول بأن قال ما كان لك على فلان فهو علي فجهالة الأجل فيها

أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم بالأيام معلومة ، فلا جهالة فيه . قال :ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج ، وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزار ، لأنها تتقدم وتتأخر ، ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة ، وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها ، ولأنه معلوم الأصل .

إذا كانت يسيرة مستدركة ، لا تمنع صحة الأجل ولو كانت غير مستدركة ، كالكفالة إلى هبوب الريح أو إلى أن تمطر السماء صحت الكفالة ولا يصح الأجل ويكون حالاً .

م: (**أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم لأن مدة صومهم بالأيام معلومة**) ش: وهي خمسون يوماً كما ذكرنا وإذا كانت معلومة م: (**فلا جهالة فيه**) ش: فلامانع من الجواز

م: (**قال : ولا يجوز البيع إلى قدوم الحاج وكذلك إلى الحصاد**) ش: أي قطع الزرع ، ويجوز في الحاء الفتح والكسر م: (**والدياس**) ش: من الدوس وأصله دواس قلبت الواو بالانكسار ما قبلها ، والدوس شدة وطء الشيء بالقدم وفي الحبوب أن يوطأ بقوائم الدواب

م: (**والقطاف**) ش: قطع العنب عن الكرم ، وقال الكاكي -رحمه الله- : القطاف بالفتح والقطف بالكسر عقود العنب م: (**والجزاز**) ش: بالزائين المعجمتين من جز الصوف وغيره إذا قطعه .

قال الكاكي - رحمه الله - والمراد هنا وقت جزاز النخل وبه صرح في «المبسوط »، وقال فخر الإسلام - رحمه الله - في «شرح الجامع الصغير» : الجز آلة فيما يجز من الرطاب وكذلك جزاز النخل م: (**لأنها**) ش: أي لأن أوقات هذه الأشياء .

م: (**تتقدم وتتأخر**) ش: وليس لها وقت معلوم قطعاً وذلك باختلاف الحر والبرد .

م: (**ولو كفل إلى هذه الأوقات ، جاز لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة ، وهذه الجهالة يسيرة مستدركة**) ش: أي يمكن تداركها وإزالة جهالتها م: (**لاختلاف الصحابة فيها**) ش: أي في الحال المذكورة يعني البيع إليها فاسد عند عامة الصحابة ، وعن عائشة -رضي الله عنها- أنها أجازت البيع إلى العطاء ، وروى البيهقي - رحمه الله - في كتاب «المعرفة» من طريق الشافعي أخبرنا ابن عيينة عن عبد الكريم الخزري عن عكرمة عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : لا تبيعوا إلى العطاء ولا إلى الدر ولا إلى الدياس .

وقال الأترازي - رحمه الله - : إجازة عائشة -رضي الله عنها- البيع إلى العطاء محمولة عندنا على أنها إنما أجازت ، لأن الخلفاء لم يكونوا يخلفون الميعاد فلم يختلف. فأما بعد ذلك فقد تغير الأمر فصار من جنس ما يتقدم ويتأخر . م: (**ولأنه معلوم الأصل**) ش: أي ولأن الدين في الكفالة معلوم الأصل ، وإنما المجهول وصفه وهو الأجل، والوصف تابع للأصل ، والجهالة

ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب على فلان ، ففي الوصف أولى ، بخلاف البيع ، فإنه لايحتملها في أصل الثمن، فكذا في وصفه بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات ، حيث جاز لأن هذا تأجيل في الدين ، وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد ؛ لأنه يبطل بالشرط الفاسد . ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً ، وقال زفر -رحمه الله- : لا يجوز لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً ، وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل ، ولنا أن الفساد للمنازعة ، وقد ارتفع قبل تقرره ، وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد ، فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع

في أصل العين متحملة ، ففي وصفه بطريق الأولى وهو معنى قوله م: (**ألا ترى أنها**) ش: أي أن الكفالة م: (**تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب**) ش: أي بما وجب م: (**على فلان ففي الوصف أولى**) ش: لأن الوصف لا يفترق من الأصل ، فإذا جاز في الأصل الذي هو الأعلى ، ففي الوصف الذي هو الأدنى بالطريق الأولى م: (**بخلاف البيع ، فإنه لا يحتملها**) ش: أي الجهالة م: (**في أصل الثمن ، فكذا في وصفه**) ش: وهو الأجل إذ الوصف لا يخالف الأجل م: (**بخلاف ما إذا باع مطلقاً**) ش: أي بدون ذكر الأجل م: (**ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز ، لأن هذا تأجيل في الدين ، وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه**) ش: أي اشتراط التأجيل م: (**في أصل العقد لأنه**) ش: أي لأن العقد م: (**يبطل بالشرط الفاسد ، ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا**) ش: أي المتعاقدان م: (**بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس ، وقبل قدوم الحاج جاز البيع أيضاً**) ش: وقوله لو باع إلى قوله جاز البيع ، من كلام القدوري - رحمه الله -وقوله أيضاً من كلام المصنف - رحمه الله - لأنه قال قبل هذا : بخلاف ما إذا باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى هذه الأوقات حيث جاز .

م: (**وقال زفر -رحمه الله - لا يجوز**) ش: أي لا ينقلب إلى الجواز ، وبه قال الشافعي - رضي الله عنه- في الأصح م: (**لأنه وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً**) ش: بإسقاط المفسد م: (**وصار كإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل**) ش: يعني في النكاح المؤقت بقول زفر - رحمه الله - . هذا على أصلكم لا يصح النكاح إذا أسقط الوقت ، وكذا في المسألة المتنازع فيها، وعند زفر - رحمه الله - النكاح إلى أجل جائز والشرط باطل ، وقال الأكمل - رحمه الله - : وهذا استدلال من جانب زفر - رحمه الله - بما لم يقل به وهو ليس على ما يبقى م: (**ولنا أن الفساد**) ش: في البيع المذكور م: (**للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره**) ش: أي قبل تقرر الفساد .

م: (**وهذه الجهالة في شرط زائد**) ش: وهو جهالة الأجل المفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم م: (**لا في صلب العقد**) ش: وهو أحد البدلين م: (**فيمكن إسقاطه بخلاف ما إذا باع**

الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد ؛ لأن الفساد في صلب العقد ، وبخلاف النكاح إلى أجل لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح ، وقوله في الكتاب : ثم تراضيا خرج وفاقًا ؛ لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه لأنه خالص حقه . قال : ومن جمع بين حر وعبد ، أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله - وقال أبو يوسف -رحمه الله- ومحمد -رحمه الله- : إن سمى لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد والشاة الذكية . وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة ،

الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد) ش: قبل التقرر وقوله : وهذه الجهالة إلى آخره جواب عما يقال إن الجهالة تقررت في ابتداء العقد فلا يفيد سقوطها ، كما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد ، وقد علم الجواب ، وأما القياس على بيع الدرهم بالدرهمين فغير صحيح م: (**لأن الفساد في صلب العقد**) ش: يعني في أحد العوضين .

م: (**وبخلاف النكاح**) ش: هذا أيضاً جواب عن قوله : كإسقاط الأجل بيانه أن النكاح م: (**إلى أجل**) ش: يعني إلى وقت م: (**لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح**) ش: لأن عقد النكاح مندوب إليه ، والمتعة منهية فلا يمكن العود إلى النكاح ، عند إسقاط الأجل لعدم عقدالنكاح رأساً .

م: (**وقوله**) ش: أي قول القدوري - رحمه الله - : م: (**في الكتاب**) ش: أي في مختصره المنسوب إليه م: (**ثم تراضيا خرج وفاقاً**) ش: يعني على سبيل الاتفاق م: (**لأن من له الأجل يستبد**) ش: أي يستقل وينفرد م: (**بإسقاطه لأنه خالص حقه**) ش: فيختص به م: (**قال**) ش: أي القدوري-رحمه الله- م: (**ومن جمع بين حر وعبد**) ش: أي في البيع م: (**أو شاة**) ش: أي أو جمع بين شاة م: (**ذكية وميتة بطل البيع فيهما**) ش: أي في الصورتين ولم يذكر القدوري -رحمه الله - الخلاف .

وقال المصنف - رحمه الله - م: (**وهذا**) ش: أي البطلان م: (**عند أبي حنيفة - رحمه الله-**) ش: يعني باطل مطلقاً سواء وصل الثمن أو لا ، وبه قال مالك - رحمه الله - والشافعي - رحمه الله - في قول ، وأحمد - رحمه الله - في رواية م: (**وقال أبو يوسف - رحمه الله - ومحمد - رحمه الله - إن سمى لكل واحد منهما ثمناً جاز في العبد والشاة الذكية**) ش: وبه قال الشافعي - رضي الله عنه- في قول ، وأحمد - رحمه الله - في رواية م: (**وإن جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده**) ش: أي أو جمع في البيع بين عبده م: (**وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا الثلاثة**) ش: أي في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وصاحبيه .

وقال زفر -رحمه الله- : فسد فيهما ومتروك التسمية عامداً كالميتة والمكاتب ، وأم الولد كالمدبر. له الاعتبار بالفصل الأول إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل ، ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن ، كمن جمع بين الأجنبيةوأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد لأنه مجهول ، ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال ، والبيع صفقة واحدة ، فكان القبول في الحر شرطاً للبيع في العبد ، وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة .

م: (**وقال زفر - رحمه الله -: فسد فيهما**) ش: أي في المدبر والعبد جميعاً ، وقيل في الجمعين بين كورين وهو الجمع بين الحر والعبد والجمع بين المدبر والعبد م: (**ومتروك التسمية عامداً كالميتة**) ش: هذا عن كلام المصنف - رحمه الله - ذكره تفريعاً على كلام القدوري -رحمه الله - يعني إذا ضم الذكية مع متروك التسمية يبطل البيع ، ونصب عامداً على الحال عن المقدر تقديره ومتروك تارك التسمية حال كونه عامداً ، وقيد بالعمد لأن بالنسيان لا يضر على ما عرف ، فإن قيل : متروك التسمية مجتهد فيه فصار كالمدبر فيجب جواز بيعه مع المذكى كبيع القن مع المدبر ، أجيب : بأنه ليس مجتهد فيه بل خطأ بين لمخالفة الدليل الظاهر ، وهو قوله تعالى : ﴿ **ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه** ﴾ (الأنعام : الآية١٢١) ، حتى أن القاضي إذا قضى بحله لا ينفذ القضاء فكان بمنزلة من جمع بين الحر والعبد في البيع م: (**والمكاتب وأم الولد كالمدبر**) ش: يعني إذا ضم المكاتب أو أم الولد مع العبد يصح البيع في العبد بحصته من الثمن م: (**له**) ش: أي زفر - رحمه الله - م: (**الاعتبار بالفصل الأول**) ش: يعني الاعتبار بالجمع بين الحر والعبد م: (**إذ محلية البيع منتفية**) ش: لأن كون المحل لجواز البيع منتفية م: (**بالإضافة إلى الكل**) ش: يعني بإضافة انتفاء المحلية إلى الجميع ، وقال تاج الشريعة -رحمه الله- : أي كل واحد منهما ليس بمحل للبيع .

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**أن الفساد بقدر المفسد**) ش: يعني بقدر ما يفسده إذا سمى لكل واحد منهما ثمنًا ، إذ الحكم يثبت بقدر دليله والمفسد في الحر كونه ليس بمحل للبيع وهو مختص به م: (**فلا يتعدى إلى القن**) ش: كما في المدبر إذا ضم مع العبد م: (**كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح**) ش: أي في عقد النكاح م: (**بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد**) ش: من الحر والعبد حيث يبطل البيع فيهما جميعًا م: (**لأنه مجهول**) ش: أي لجهالة الثمن .

م: (**ولأبي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين**) ش: أي بين فصل الحر وفصل المدبر مع القن م: (**أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلاً لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة**) ش: بدليل أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر م: (**فكان القبول في الحر شرطًا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد**) ش: والبيع يبطل بالشرط الفاسد م: (**بخلاف النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة**) .

وأما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ، ولهذا ينعقد في عبد الغير بإجازته ، وفي المكاتب برضاه في الأصح ، وفي المدبر بقضاء القاضي ،

ش: جواب عن قياسهما على النكاح ، وهو قياس بالفارق لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد بخلاف المبيع فإنه يبطل ، وقال الأكمل - رحمه الله - : **وفيه بحث .**

أما أولاً : فلأنه إذا بين ثمن كل واحد منهما كانت الصفقة متفرقة ، وحينئذ لا يكون قبول العقد في الحر شرطًا للبيع في العبد .

وأما ثانيًا : فلأن الشرط الفاسد وهو ما يكون فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه حتى يكون في معنى الربا ، وليس في قبول العقد في الحر منفعة لأحدهما أو للمعقود عليه فلا يكون شرطًا فاسدًا .

وأما ثالثًا : فلأن قبول العقد في الحر إنما يكون شرطًا لقبول العقد في العبد إذا صح الإيجاب فيهما لئلا يتضرر البائع بقبول العقد في أحدهما دون الآخر ، ولم يوجد فيما نحن فيه فصار كالجمع بين العبد والمدبر ، وأجيب عن الأول : بأن الصفقة متحدة في مثله إذا لم يكن البيع أو الشراء .

وعن الثاني : بأن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع فإنه إذا باعهما بألف والحر ليس بمال يقابله بدل ، فكأنه قال : بعت هذا العبد بخمسمائة على أن تسلم أي خمسمائة أخرى فينتفع بفضل مال عن العوض في البيع وهو الربا .

والثالث : بأن الإيجاب إذا صح فيهما صح العقد والشرط جميعًا فلا يكون فيما نحن فيه ، وإذا ظهر هذا ظهر الفرق بين الفصلين ، وثم جواب زفر -رحمه الله- عن التزيد بينهما .

م: **(وأما البيع في هؤلاء موقوف)** ش: متصل بقوله : إن الحر لا يدخل تحت العقد ، وأراد بهؤلاء المدبر والمكاتب وأم الولد وعبد الغير م: **(وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية)** ش: فإنهما باعتبار الرق والتقويم وهما موجودان ، ولكن حكم البيع لا يثبت فيهم بل يرد صيانة لحقهم ، ولهذا لا يخرجون من أن يكونوا محلاً للبيع .

م: **(ولهذا)** ش: أي ولكون بيع هؤلاء موقوفًا م: **(ينعقد)** ش: البيع م: **(في عبد الغير بإجازته)** ش: أي في إجازة الغير وهو مولاه م: **(وفي المكاتب)** ش: أي ينعقد البيع في المكاتب م: **(برضاه في الأصح)** ش: احترز به عما روي في «النوادر» عن أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ، أنه لا يصح م: **(وفي المدبر)** ش: أي ينعقد البيع في المدبر م: **(بقضاء القاضي)** ش: فإنه إذا قضى ببيع المدبر فإنه يجوز .

وكذا في أم الولد ، عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع ، فكان هذا إشارة إلى البقاء ، كما إذا اشترى عبدين ، وهلك أحدهما قبل القبض ، وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ، ولا بيعاً بالحصة ابتداء ، ولهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يجوز م: (**في أم الولد**) ش: أي في بيعها م: (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-**) ش: خلافًا لمحمد -رحمه الله - وكان فيه اختلاف بين الصحابة -رضي الله عنهم - فعمر -رضي الله عنه - لم يجوزه ، وعلي - رضي الله عنه - جوزه ، ثم من بعدهم من السلف أجمعوا على عدم جواز بيعها ، فالحاصل أن إجماع المتأخرين مع الاختلاف المتقدم ، فعندهما لا يرفع إذ ليس لإجماع التابعين من القوة ما يرفع خلاف الصحابة ، فكان قضى في مجتهد فيه فينفذ، وعند محمد -رحمه الله- يرفع فكان القضاء مخالفًا للإجماع فلا ينفذ والمسألة أصولية .

فإن قيل : كيف يصح قوله : موقوف ، وقد قال في أول الباب : وبيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل . **فالجواب** : أنه باطل ، إذا لم يجز للمكاتب ولم يقض القاضي بجواز بيع المدبر وأم الولد يدل على ذلك تمام كلامه هناك .

م: (**إلا أن المالك**) ش: استثناء من قوله : دخلوا تحت العقد ، يعني أن المالك م: (**باستحقاقه المبيع**) ش: وهو العبد الذي كان للغير م: (**وهؤلاء**) ش: أي المدبر والمكاتب وأم الولد م: (**باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع**) ش: وقال تاج الشريعة -رحمه الله - : لأن المالك إلى آخره جواب من يقول : لما دخل هؤلاء تحت العقد لقيام المالية ينبغي أن لا يكون بيع هؤلاء فاسداً . فأجاب بقوله : إلا أن المالك إلى آخره، يعني أن البيع الموقوف إذا رد من له ذلك بطل، وهنا كذلك فإن المالك وهؤلاء رده، ولهم ذلك لاستحقاق المالك واستحقاق هؤلاء أنفسهم م: (**فكان هذا**) ش: أي الوجه بالاستحقاق بعد الدخول م: (**إشارة إلى البقاء**) ش: أي بقاء البيع ، لأن الرد بالاستحقاق لا يكون إلا في البقاء فكان م: (**كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض**) ش: فإن العقد يبقى في الباقي بحصته من الثمن بقاء الابتداء .

م: (**وهذا**) ش: أي الجمع بين القن وأحد المذكورين م: (**لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعًا**) ش: أي ولا يكون بيعًا م: (**بالحصة ابتداء**) ش: بعدما ثبت دخولهم في البيع م: (**ولهذا لا يشترط**) ش: حالة العقد م: (**بيان ثمن كل واحد**) ش: من العبد والمدبر م: (**فيه**) ش: أي فيما إذا جمع بين القن والمدبر أو عبد غيره، وفي «الكافي» : ولو جمع بين وقف وملك وأطلق صح في الملك في الأصح ، ولو باع كرمًا في مسجد قديم إن كان عامراً نفذ البيع وإلا فلا وكذا في المعتبرة .

فصل في أحكامه

وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع ، وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ، ملك المبيع ولزمته قيمته ،

م: **(فصل في أحكامه)**

ش: أي هذا فصل في بيان أحكام البيع الفاسد م: **(وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد)** ش: إنما عبر بالفاسد ، لأن الباطل لا يفيد شيئًا م: **(بأمر البائع)** ش: **أي بإذنه صريحًا أو دلالة بأن** يقبضه في المجلس بحضرته ، فإن لم يقبضه بحضرة البائع لم يملكه، بخلاف الصريح فإنه يفيده مطلقًا .

م: **(وفي العقد عوضان كل واحد منهما)** ش: يعني مالاً قيد به لفائدة وهي أنه إذا كان أحد العوضين أو كلاهما غير مال فالبيع باطل، كالبيع بالميتة والدم، وبالحر والبيع بالخمر والخنزير فاسد ،كما ذكره المصنف في أول باب البيع الفاسد، وفي هذا الفصل شرع في بيان حكمها وهو القبض، فقال : وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد إلى آخره.

ثم ذكر خلاف الشافعي -رضي الله عنه - بما يدل على أنه لا يفرق بين الفاسد والباطل على ما نقف عليه الآن إن شاء الله تعالى م: **(مال ملك المبيع ولزمته قيمته)** ش: أي قيمة المبيع وهو قول عامة المشايخ - رحمهم الله - سوى أهل العراق ، فإنهم قالوا : إن المشتري في البيع الفاسد بالقبض يملك التصرف ولا يملك المبيع ، استدلالاً بما قال في كتاب البيوع : إن المشتري إذا أعتقه جاز عتقه ، وكان الولاء له لا للبائع لأن البائع سلطه على ذلك ، ولهذا لو كان المبيع جارية لا يجوز للمشتري وطئها .

ولو كان دارًا لا يجوز فيها الشفعة للشفيع، وقال الفقيه أبو الليث -رحمه الله- وهذا ليس بصحيح، بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا، بدليل أن المبيع لو كان دارًا فقبضها فبيعت دار أخرى بجنبها ، فللمشتري أن يأخذ الدار بالشفعة.

ولو لم يملك عين الدار لم يجب له الشفعة ، ولو كان المبيع جارية فقبضها ثم ردها على البائع وجب الاستبراء، وإنما لم يجز للمشتري أن يطأها لأنه وجب عليه ردها لئلا يكون مصرًا على المعصية ، فاستعماله بالوطء إعراض عن الرد، فلهذا المعنى لم يجز لا لعدم الملك ، وإنما لم يجب فيها الشفعة لأن حق البائع لم ينقطع عنها.

وقال في «شرح الطحاوي» : والأصل في البيع الفاسد أن كل ما يملك بالبيع الجائز يملك بالبيع الفاسد إذا اتصل به القبض بإذن البائع ، وكل ما لا يملك بالبيع الجائز لا يملك بالبيع الفاسد. بيانه : من اشترى من رجل عبدًا بخمر أو خنزير وتقابضا وهما مسلمان ملك المشتري

وقال الشـافعي : لا يملكه ، وإن قبضـه ، لأنه محظور فلا ينال به نعـمة الملك ، ولأن النهي نسخ للمـشروعـية للتـضاد ، ولهـذا لا يفيـده قبـل القبض ، وصـار كمـا إذا باع بالميتـة أو باع الخمـر بالدراهم. ولنا أن ركن البيع صـدر من أهله مضافاً إلى مـحله فوجب القول بانعقـاده ، ولا خفاء في الأهليـة والمحلية . وركـنه مبـادلة المال بالمال ، وفـيه الكلام ، والنهي يقـرر المشـروعيـة عندنا لاقتضائه التصور ، فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك ،

العبد إذا قبضه بإذن البائع ، ولا يملك الآخر الخمر والخنزير .

وكذلك لو اشترى من رجل عبداً بمدبر أو مكاتب أو بأم ولد ، وتقابضا ملك المشتري إذا قبضه بإذن البائع ، ومشتري المدبر والمكاتب وأم الولد لا يملك ، وإن قبض بإذن البائع ، وكذلك لو اشترى من رجل عبده بمال الغير بغير إذن صاحبه وتقابضا ملك مشتري العبد ، ولا يملك الآخر ما قبض حتى يجيز ماله البيع فيه .

م: **(وقال الشافعي : لا يمـلكه ، وإن قبضه)** ش: وبه قال مالك وأحمد -رضي الله عنهما - م: **(لأنه محظور)** ش: أي حرام م: **(فلا ينال به نعمة الملك ، ولأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد)** ش: أي بين النهي والمشروعية ، إذ النهي يقتضي القبح ، والمشروعية تقتضي الحسن وبينهما منافاة م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل ذلك م: **(لا يفيده)** ش: أي الملك م: **(قبل القبض، وصار كـما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدراهم)** ش: وقبضها المشتري فإنه لا يفيد الملك .

م: **(ولنا أن ركن البيع)** ش: أي ركن البيع الفاسد وهو البيع بالخمر أو الخنزير ، وفيه مبادلة المال بالمال بالتراضي م: **(صدر من أهله)** ش: وهو كونه عاقلاً بالغًا حال كونه م: **(مضافًا إلى محله)** ش: لأن المبيع فيه مال ، والثمن مال من وجه لميلان طباع الناس إلى الخمر والخنزير غير أنه ليس بمتقوم ولإهانة الشرع ، فلما كان الثمن مالاً من وجه دون وجه لم يبطل البيع بل فسد ، فإذا كان كذلك م: **(فوجب القول بانعقاده)** ش: لوجود شرائط .

م: **(ولا خفاء في الأهلية والمحلية ، وركنـه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام)** ش: جواب سؤال مقدر بأن يقال : سلمنا بأن ركن البيع مبادلة المال ، ولكن لم قلت إنه موجود؟ فأجاب بقوله : وفيه الكلام يعني كلامنا فيما إذا وجد الركن ، لأن الركن الذي هو المبادلة موجود في جميع البيوع الفاسدة .

م: **(والنهي يقـرر المشروعـية)** ش: وهذا جواب عـما يقال ، قد يكون النهي مانعًا ، فأجاب بقوله : والنهي يقرر المشروعية م: **(عندنا لاقتضـائه التصور)** ش: ليكون النهي عما يكون ليكون العبد مبتلى بين أن يترك باختياره فيثاب ، وبين أن يأتي به فيعاقب عليه م: **(فنفس البيع مشروع وبه)** ش: أي وبالبيع م: **(تنال نعمة الملك)** ش: لكن لابد فيه من قبح مقتضى النهي ، فجعلناه في

وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء ، وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور ، إذ هو واجب الرفع بالاسترداد ، فبالامتناع عن المطالبة أولى ،

وصفه مجاوراً وهو معنى قوله م: (**وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء**) ش: يعني يوم الجمعة فجعل وصفه عملاً بالوجهين .

فإن قيل : المحظور وقت النداء مجاور ، وأما في المتنازع فيه من قبيل ما اتصل به وصفًا ، فلا يكون قوله كما في البيع وقت النداء صحيحًا ، وأيضًا الحكم هناك الكراهة ، وفي المتنازع فيه الفساد .

وأجيب : بأن غرض المصنف في ذكر المجاورة بيان أن المحظور ليس لمعنى في عين النهي عنه كما زعمه الخصم ، والمجاور جمعًا والمتصل وصفًا سببان فيصبح قياس أحدهما على الآخر ، وبأن غرضه أن الحكم المنهي عنه ليس البطلان كما يدعيه الخصم ، والكراهة والفساد يشتركان في عدم البطلان .

م: (**وإنما لا يثبت الملك قبل القبض**) ش: جواب عن قول الشافعي -رحمه الله- ولهذا لا يبيعه قبل القبض ، بيانه : أن البيع الفاسد لا يثبت الملك قبل القبض للمبيع .

م: (**كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور**) ش: أي عن جهة الشارع لأن البيع الفاسد منهي عنه ، ولو ثبت الملك قبل القبض يكون التسليم والتسلم واجبًا شرعًا ، فيكون الشارع آمرًا وناهيًا في شيء واحد ، وهذا لا يجوز .

فإن قيل : لو ثبت الملك بعد القبض يلزم تقربه الفساد أيضًا .

قلنا : لو ثبت قبل القبض يكون الفساد مضافًا إلى نفس البيع .

والبيع مشروع الله تعالى فيكون الفساد مضافًا إلى الشارع ، ولا كذلك بعد القبض لأن الملك مضاف إلى القبض ، والقبض يوجب الضمان كما في المقبوض على سوم الشراء فكان تقرير الفساد مضافًا إلى العبد ، كذا نقل عن القاضي الأرسابندي ، وقيل لأن الفاسد لو ثبت قبل الملك قبل القبض وبعده لكان مساويًا للصحيح ، ولو ألغينا الملك به لكان مساويًا للباطل فأثبتنا الملك بعد القبض به عملاً بالدليلين وفيه نوع تأمل لأن الفاسد والباطل متساويان عند الخصم .

م: (**إذ هو**) ش: تعليل كقوله : كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور ، أي لأن البيع الفاسد م: (**واجب الرفع بالاسترداد**) ش: أي بطلب رد المبيع من يد المشتري فلا جرم لم يفد الملك قبل القبض م: (**فبالامتناع عن المطالبة أولى**) ش: يعني أن البيع الفاسد إذا أفاد الملك بالقبض يجب

ولأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة ، والميتة ليست بمال فانعدم الركن ، ولو كان الخمر مثمناً فقد خرجناه ، وشيء آخر وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمناً له لا مثمناً ، ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر إلا أنه يكتفى به دلالة ، كما إذا قبضه في مجلس العقد استحساناً ، وهو الصحيح

استرداد المبيع من يد المشتري رفعًا للفساد واجتنابًا عن المعصية ، فبامتناع المشتري عن مطالبة تسليم المبيع منع الفساد أولى من رفع الفساد بالاسترداد ، لأن الدفع أسهل من الرفع .

م: **(ولأن السبب قد ضعف)** ش: دليل ثان على عدم ثبوت الملك قبل القبض ، يعني أن السبب وهو البيع الفاسد قد ضعف م: **(لمكان اقترانه بالقبيح)** ش: وهو النهي عنه فلأجل هذا لم يفد الملك م: **(فيشترط اعتضاده)** ش: أي تقويته م: **(بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة)** ش: في احتياجها إلى ما بعضه العقد من القبض .

م: **(والميتة ليست بمال)** ش: جواب عن قياس الخصم المتنازع فيه على البيع بالميتة ، تقريره أن الميتة ليست بمال ، وما ليس بمال لا يجوز فيه البيع لفوات ركنه وهو معنى قوله م: **(فانعدم الركن)** ش: فلا ينعقد العقد فالقياس فاسد م: **(ولو كان الخمر مثمنًا فقد خرجناه)** ش: هذا جواب لقوله : أو باع الخمر بالدرهم يعني ذكرنا تخريجه في أوائل باب البيع الفاسد ، وأراد به ما ذكره ثمة لقوله : وأما بيع الخمر والخنزير إن كان بالدين كالدراهم والدنانير فالبيع باطل ، وإن كان قوبل بعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله إلى آخره .

م: **(وشيء آخر)** ش: أي دليل آخر سوى ما ذكرنا هناك م: **(وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة)** ش: لا عين الخمر لأن المسلم ممنوع عن تسليم الخمر وتسلمها م: **(وهي)** ش: أي الخمر م: **(تصلح ثمنًا لا مثمنًا)** ش: أي مبيعًا ، فلو قلنا بانعقاد المبيع في هذه الصورة جعلنا القيمة مثمنًا ، إذ كل عين في مقابلة الدراهم والدنانير في البيع مثمن لتعينها للثمنية خلقة وشرعًا ، وما عهد في صورة من صورة البياعات أن تكون القيمة مثمنًا ، لأنه يؤدي إلى تغيير المشروع .

م: **(ثم شرط)** ش: أي القدوري - رحمه الله - م: **(أن يكون القبض بإذن البائع)** ش: حيث قال : وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع م: **(وهو الظاهر)** ش: أي ظاهر الرواية م: **(إلا أنه يكتفى به)** ش: أي بالإذن .

م: **(دلالة)** ش: أي من حيث الدلالة م: **(كما إذا قبضه)** ش: أي المشترى م: **(في مجلس العقد استحسانًا)** ش: أي يصح من حيث الاستحسان م: **(وهو الصحيح)** ش: أي الاستحسان هو الصحيح ، واحترز به عما ذكره صاحب «الإيضاح» وسماه الرواية المشهورة .

لأن البيع تسليط منه على القبض ، فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط السابق ، وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً ، وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ، فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح ، والبيع مع نفي الثمن ، وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم ، فأما في ذوات الأمثال يلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض ، فشابه الغصب ، وهذا لأن المثل صورة ، ومعنى أعدل من المثل

فقال: وما قبضه بغير إذن البائع في البيع الفاسد فهو كما يقبض، وأشار إلى وجه الصحيح بقوله: م: **(لأن البيع تسليط منه)** ش: أي من البائع م: **(على القبض فإذا قبضه بحضرته)** ش: أي بحضرة البائع م: **(قبل الافتراق ولم ينهه)** ش: أي البائع لم ينه المشتري عن القبض م: **(كان)** ش: أي القبض م: **(بحكم التسليط السابق)** ش: فيكتفى به م: **(وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانًا)** ش: يعني يكتفى بسكوت الواهب وعدم نهية الموهوب له عن القبض استحسانًا أي من حيث الاستحسان.

م: **(وشرط)** ش: أي القدوري -رحمه الله- وفي بعض النسخ : ويشترط م: **(أن يكون في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق ركن البيع ، وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه)** ش: أي على قول القدوري م: **(البيع بالميتة والدم والحر والريح)** ش: بأن قال : بعت هذا الشيء بالريح الشمالي الذي يأتي من هذا الجانب ، وذلك المكان ملك المشتري، وفي «الذخيرة»: صورته بأن يكون لإنسان ظرف منفوح فاشترى بذلك الريح الذي في ذلك الظرف ويجعلها في ظرف احترز له م: **(والبيع مع نفي الثمن)** ش: أي في رواية لأنه إذا نفاه فقد الركن عن العقد فلم يكن بيعًا ، وفي رواية : ينعقد بيعًا لأن نفيه لا يصح، إذ البيع مشتمل على العوضين وما يشتمل على عوضين فهو هبة وصدقة.

وإذا لم يصح صار كأنه سكت عن ذكر الثمن ، فلو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع فاسداً ويثبت الملك بالقبض لأن مطلق العقد يقتضي المعاوضة ، فإذا سكت كان عوضه قيمة وكأنه بقيمته فيفسد البيع .

م: **(وقوله)** ش: أي قول القدوري -رحمه الله- م: **(لزمته قيمته في ذوات القيم)** ش: كالحيوانات والعدديات المتفاوتة م: **(فأما في ذوات الأمثال)** ش: كالمكيلات والموزونات والعدديات غير المتفاوتة م: **(يلزمه المثل لأنه مضمون بنفسه بالقبض)** ش: واحترز به عن البيع الصحيح ، وقالوا جميعًا : فالمرجوع في قيمته أو المثل، أي قول المشتري لأنه هو الذي يلزمه الضمان، فالقول قوله واليمينة للبائع ، كذا في «شرح مختصر الكرخي» م: **(فشابه الغصب)** ش: والحكم في الغصب كذلك م: **(وهذا)** ش: أي وجوب المثل في ذوات الأمثال م: **(لأن المثل صورة ومعنى أعدل من المثل**

معنى . قال : ولكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعاً للفساد ، وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه ، فيكون الفسخ امتناعاً منه ، وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته، وإن كان الفساد بشرط زائد فمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد ، إلا أنه

معنى) ش: وهو القيمة لأنه إنما يضاف إليها عند العجز عن المثل صورة ومعنى : وإنما لم يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**ولكل واحد من المتعاقدين فسخه**) ش: أي حق فسخ البيع الفاسد .

م: (**رفعًا للفساد**) ش: وقال الأترازي - رحمه الله - : رفعًا للفساد بالراء لا بالدال ، كذا السماع ، وذلك أن رفع الشيء إنما يكون بعد وقوع ذلك الشيء ودفعه يكون قبل وقوعه ، والفساد هنا واقع فكان المسموع هو الصحيح .

قلت: نسخة شيخي أيضًا بالراء ، ولكن قوله ودفعه يكون قبل وقوعه، والفساد فيه تأمل لأن الدفع بحسب اللغة لا يختص بالقرب والبعد كيلا يقع بتصرفه على المشتري مكروهًا أو حرامًا، فقال في «الإيضاح» : ويكره للمشتري أن يتصرف فيه بتمليك أو انتفاع لأن الفسخ مستحق حقًا لله تعالى ، لأن إعدام الفساد واجب ، والتصرف فيه تقرير الفساد م: (**وهذا**) ش: أي كون حق الفسخ لكل منهما م: (**قبل القبض ظاهر لأنه**) ش: أي لأن البيع الفاسد م: (**لم يفد حكمه**) ش: وهو الملك م: (**فيكون الفسخ امتناعًا منه**) ش: أي من الحكم م: (**وكذا بعد القبض**) ش: لكل واحد منهما فسخه .

م: (**إذا كان الفساد في صلب العقد**) ش: أي في البدل أو المبدل كبيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر م: (**لقوته**) ش: أي لقوة الفساد، ففي الصورتين يملك فسخه بحضرة صاحبه عندهما لأنه إلزام موجب الفسخ ، ولا يلزمه إلا بعلمه ، وعند أبي يوسف - رحمه الله- بغير حضرته أيضًا .

م: (**وإن كان الفساد بشرط زائد**) ش: بأن باعه على أن يقرضه أو يهبه ، كذا أو باعه إلى أجل مجهول، م: (**فمن له الشرط ذلك**) ش: والنسخة الصحيحة فلمن له الشرط ذلك أي الفسخ ومن له الشرط أي منفعة الشرط هو البائع في صورة الإقراض ، والمشتري في صورة الأجل م: (**دون من عليه لقوة العقد**) ش: دليل قوله : دون من عليه، يعني أن فسخ من عليه لا يجوز لأن العقد قوي لأن الشرط دخل في أمر زائد لا في صلب العقد.

م: (**إلا أنه**) ش: استثنى من قوله : لقوة العقد يعني أن العقد لما كان قويًا كان القياس أن لا

لم تحقق المراضاة في حق من له الشرط . قال : فإن باعه المشتري نفذ بيعه لأنه ملكه ، فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ، ونقض الأول لحق الشرع ، وحق العبد مقدم لحاجته ، ولأن الأول مشروع بأصله . دون وصفه ، والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف ،

يفسخ من له الشرط أيضًا إلا أنه م: (**لم يتحقق المراضاة في حق من له الشرط**) ش: فله أن يفسخه، وقال الكاكي -رحمه الله- : إلا أنه إلى آخره جواب سؤال يرد على قوله : لقوة العقد، يعني لما كان العقد قويًا ينبغي أن لا يكون لأحد ولاية الفسخ .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**فإن باعه المشتري**) ش: أي الذي اشترى بالشراء الفاسد م: (**نفذ بيعه لأنه ملكه**) ش: بالقبض م: (**فملك التصرف فيه**) ش: سواء كان بيعًا أو هبة أو إعتاقًا غير أنه لا يحل له الأكل، إن كان مأكولاً ، وإن كانت جارية لا يحل له وطؤها، كذا في شرح الطحاوي -رحمه الله- .

وقال شمس الأئمة الحلواني : يكره له الوطء ولا يحرم، كذا في «الفتاوى الصغرى»، وفي «شرح الطحاوي » : وإذا باعه المشتري ليس للبائع إبطاله، وعلى المشتري القيمة أو المثل، إن كان مثليًا ويطيب ذلك الملك للثاني لأنه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الأول لأنه لا يحل له ولا يطيب لأنه ملكه بعقد فاسد .

ولو كان المبيع جارية فاستولدها المشتري صارت أم ولد له ويغرم القيمة ولا يغرم العقر في رواية كتاب البيوع ، وفي رواية كتاب الشرب عليه العقر ولو رهن المشتري المبيع صح الرهن ، وليس للبائع إبطاله ، وإن فكه المشتري قبل أن يقضي عليه بالقيمة فإنه يرد على البائع إبطاله ، وإن فكه بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل له على المبيع ، وإن أجره صحت الإجارة غير أن للبائع أن يبطلها ويسترد المبيع م: (**وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني**) ش: أي لتعلق حق المشتري الثاني بالعقد الثاني م: (**ونقض الأول**) ش: أي البيع الأول م: (**لحق الشرع**) ش: من جهة الفساد فيه وحق الشرع إذا اجتمع مع حق العبد يقدم حق العبد وهو معنى قوله : م: (**وحق العبد مقدم لحاجته**) ش: لأن الله تعالى غني فالعفو منه أرجى بخلاف حق من الغاصب لأنه تعلق به حق المغصوب منه، وكلاهما حق العبد فيرجح حق المغصوب منه لأنه أسبق ، كذا في «المبسوط».

م: (**ولأن الأول**) ش: هذا دليل على سقوط حق الاسترداد للبائع بعد بيع المشتري من غيره يعني أن البيع الأول م: (**مشروع بأصله**) ش: لأنه لا فساد في أصل البيع م: (**دون وصفه**) ش: لدخول الفساد فيه م: (**والثاني**) ش: أي البيع الثاني م: (**مشروع بأصله ووصفه**) ش: لأنه لا فساد فيهما جميعًا م: (**فلا يعارضه مجرد الوصف**) ش: أي فلا يعارض المشروع بأصله ووصفه المشروع

ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع ، بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة ؛ لأن كل واحد منهما حق العبد ، ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من الشفيع . قال : ومن اشتري عبداً بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز ، وعليه القيمة لما ذكرنا ؛ أنه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته ، وبالإعتاق قد هلك فتلزمه القيمة ، وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر ، والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان ، إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن

بمجرد الوصف ، حاصله أن الفساد لا يعارض الصحيح م: **(ولأنه)** ش: هذا دليل ثالث على سقوط حق الاسترداد بعد بيع المشتري ، أي ولأن البيع الثاني م: **(حصل بتسليط من جهة البائع)** ش: حيث كان القبض بإذنه فاسترداده نقص ما لم يكن من جهته ، وذلك باطل .

فإن قلت: هذا المعنى وهو التسليط وجد قبل بيع المشتري أيضًا ، ومع هذا لكل واحد من المتعاقدين فسخه إعدامًا للفساد فانتقض العلة .

قلت: معناه حصل بتسليط من جهة البائع وقد تعلق به حق ثالث فبطل السؤال .

م: **(بخلاف تصرف المشتري)** ش: هذا جواب عما يقال : لو كان تعلق حق الغير بالمشتري مانعًا من نقض التصرف لم ينتقض تصرفات المشتري في الدار المشفوعة من البيع والهبة والبناء وغيرها لتعلق حقه بها ، لكن للشفيع أن ينقضها . وتقرير الجواب ما قاله من قوله: **بخلاف تصرف المشتري** م: **(في الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما)** ش: أي من حق الشفيع وحق المشتري م: **(حق العبد ويستويان في المشروعية ، وما حصل بتسليط من الشفيع)** ش: أي لم يوجد التسليط من الشفيع لأن التسليط إنما يثبت بالإذن أو بإثبات الملك المطابق للتصرف ، ولم يوجد من الشفيع شيء من ذلك فكان له الاسترداد .

م: **(قال)** ش: أي قال محمد في «الجامع الصغير» : م: **(ومن اشترى عبدًا بخمر أو خنزير فقبضه)** ش: بإذن البائع م: **(وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز)** ش: أي هذا لأنه كره أن يغير لفظ محمد -رحمه الله- م: **(وعليه القيمة لما ذكرنا)** ش: فيما تقدمه م: **(أنه ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته)** ش: وأصل المسألة أن البيع الفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض بالإذن عند أصحابنا ، خلافًا للشافعي -رضي الله عنه- وقد مر بيان ذلك فيما مضى .

م: **(وبالإعتاق قد هلك)** ش: أي لم يبق مالية بالعتق م: **(فتلزمه القيمة ، وبالبيع والهبة انقطع حق الاسترداد على ما مر)** ش: أشار به إلى قوله : لتعلق العبد الثاني ، وهو المشتري الثاني .

م: **(والكتابة والرهن نظير البيع لأنهما لازمان)** ش: فإن الرهن إذا اتصل بالقبض صار لأنه ما في حق الراهن ، كالكتابة في حق المولى م: **(إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن**

لزوال المانع ، وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار ، ورفع الفساد عذر ، ولأنها تنعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً . قال : وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن، لأن المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن ،

لزوال المانع) ش: وهو تعلق حق العبد قبل وليس في تخصيصهما في عود الاسترداد زيادة فائدة لإثبات في جميع الصور إذا انتقض التصرفات حتى لو رد المبيع بعيب قبل القضاء بالقيمة أو رجع الواهب في هبته عاد للبائع ، ولأنه الاسترداد لعود قديم ملكه إليه ثم عود حق الاسترداد في جميع الصور ، إنما يكون إذا لم يقض على المشتري بالقيمة وأما إذا كان بعد القضاء بذلك عند تحول الحق إلى القيمة فلا يعود إلى الغير كما إذا قضى على الغاصب بقيمة المغصوب الآبق ثم عاد .

م: **(وهذا)** ش: أي انقطاع الاسترداد بالتصرفات المذكورة م: **(بخلاف الإجارة)** ش: فإن حق الاسترداد فيها لا ينقطع م: **(لأنها تفسخ بالأعذار ، ورفع الفساد عذر)** ش: من أقوى الأعذار ، وفي «الذخيرة» و«المبسوط» لا يبطل حق الاسترداد بالإجارة والنكاح ، لأن الإجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار ، وقيام حق الشرع في الرد إفساد السبب من أقوى الأعذار فيفسخ به ، ألا ترى أن المشتري لو أجر المبيع ثم وجد به عيبًا كان له فسخ الإجارة للرد بالعيب ، فهذا أولى ولم يذكر محمد -رحمه الله- من يفسخ الإجارة .

وذكر في« النوادر» أن القاضي يفسخها م: **(ولأنها)** ش: أي ولأن الإجارة م: **(تنعقد شيئًا فشيئًا فيكون الرد امتناعًا)** ش: يعني أن الإجارة تنعقد على المنافع وهي تحدث شيئًا فشيئًا ، إلا أن العين أقيمت مقام المنفعة ، ففي أي وقت رد العقد كان الرد امتناعًا من انعقاد العقد في حق المنفعة التي تحدث بعده لعدم الضرورة ، فلا يكون فيه رفع العقد الثابت .

م: **(قال)** ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير » :م: **(وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن)** ش: الذي أخذه ، قال الأترازي : قوله حتى يرد الثمن أي القيمة التي أخذها من المشتري ، ذكره بعض الشارحين ، وفيه نظر ؛ لأن القيمة إنما تجب في البيع الفاسد إذا هلك المبيع ، وهنا المبيع قائم ، وإنما أثبت محمد -رحمه الله- اسم الثمن ، وإن كان البيع فاسد التصور بصورة الثمن حيث قوبل بالمبيع .

قلت: أراد ببعض الشارحين السغناقي -رحمه الله- لأنه قال : هكذا فرارًا عن المجاز، وقال الإمام التمرتاشي : هذا الحكم ليس بخصوص البيع الفاسد بل هذا الحكم ثابت في الإجارة الفاسدة والرهن الفاسد والعرض الفاسد اعتبارًا بالعقد الجائز إذا تفاسخا ، لأن هذه عقود معاوضة فيوجب السوية بين البدلين م: **(لأن المبيع مقابل به)** ش: أي بالثمن الذي أعطاه المشتري م: **(فيصير محبوسًا به)** ش: أي بالثمن م: **(كالرهن)** ش: بالدين لكنه يفارقه من وجه آخر ، وهو أن

وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن ؛ لأنه يقدم عليه في حياته ، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ، ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد ، وهو الأصح لأنه بمنزلة الغصب ، وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا . قال : ومن باع داراً بيعاً فاسداً ، فبناها المشتري فعليه قيمتها ، عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، رواه يعقوب - رحمه الله- عنه في «الجامع الصغير» ثم شك بعد ذلك

الرهن مضمون بقدر الدين لا غير ، وههنا المبيع مضمون الثمن بجميع قيمته كما في الغصب م: **(وإن مات البائع فالمشتري أحق به)** ش: أي بالمبيع م: **(حتى يستوفي الثمن لأنه يقدم عليه)** ش: أي على البائع م: **(في حياته فكذا)** ش: يقدم م: **(على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن)** ش: فإنه إذا مات وله ورثة وغرماء فالمرتهن أحق بالرهن من الورثة والغرماء حتى يستوفي الدين .

م: **(ثم إن كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين)** ش: بالتعيين م: **(في البيع الفاسد وهو الأصح)** ش: احترز به عن رواية أبي حفص -رحمه الله- فإنه قال : لا يتعين كما في البيع الجائز ، وقال علاء الدين العالم -رحمه الله- في «طريقة الخلاف» والمختار عدم التعيين يعني في العقود الفاسدة ، وإليه ذهب فخر الإسلام والصدر الشهيد -رحمهما الله- لأن البيع الفاسد في حكم النقض والاسترداد .

ثم كما تتعين الدراهم والدنانير في العقود الفاسدة فتعين في الوديعة والغصب والهبة والوصية في المضاربة والشركة قبل القبض والتسليم ، وقال الإمام البزدوي -رحمه الله- في «جامعه» : إنما يتعين الدراهم والدنانير في البيع الفاسد إذا كان البيع الفاسد صريحًا لا يتعين .

ألا ترى أن البيع الفاسد بمنزلة الغصب وكان الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب ، والدراهم المغصوبة تتعين حتى وجب رد فيها إن كان قائمًا ، وبه صرح الإمام قاضي خان م: **(لأنه)** ش: أي لأن الثمن م: **(بمنزلة الغصب)** ش: لأنه مضمون بالقبض كالغصب م: **(وإن كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا)** ش: أشار به إلى قوله : لأنه بمنزلة الغصب .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في« الجامع الصغير» : م: **(ومن باع دارًا بيعًا فاسدًا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند أبي حنيفة -رحمه الله-)** ش: لفظ محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة -رحمه الله- رجل باع من رجل دارًا بيعًا فاسدًا فقبضها المشتري فبنى فيها ، قال : ليس للبائع أن يأخذها ولكنه يأخذ قيمتها ، ثم شك يعقوب -رحمه الله- في هذه المسألة بعد ذلك ، وقال يعقوب ومحمد -رحمهما الله - : ينقض البناء ويرد الدار إلى صاحبها ، إلى هنا لفظ محمد -رحمه الله- م: **(رواه يعقوب -رحمه الله - عنه)** ش: أي روى أبو يوسف -رحمه الله- عن أبي حنيفة -رحمه الله- م: **(في الجامع الصغير ثم شك)** ش: أي أبو يوسف -رحمه الله- م: **(بعد ذلك)** ش: أي بعد الرواية عن أبي حنيفة -رحمه الله-

في الرواية . وقالا : ينقض البناء وترد الدار ، والغرس على هذا الاختلاف . لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع ، حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع ، ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى . وله أن البناء والغرس مما يقصد به الداوم ، وقد حصل بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع ، بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ، ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه ،

شك في حفظها عنه ، وهو معنى قوله م: (في الرواية) ش: عن أبي حنيفة لا في مذهب أبي حنيفة -رحمه الله- ، فإن ذكر في «جامع البزدوي» -رحمه الله - .

قال أبو يوسف لمحمد -رحمهما الله- : ما رويت لك عن أبي حنيفة إنما رويت لك أن ينقض البناء ، وقال محمد -رحمه الله- : بل رويت أن يأخذ قيمتها ، وقد أشار إلى ذلك في بعض النسخ ، فقال محمد -رحمه الله - : ثم شك يعقوب -رحمه الله - في هذه المسألة ولم يزل به أنه شك في قول أبي حنيفة -رحمه الله- وقوله الأول مع محمد -رحمه الله - بل شك في سماعه عنه .

وفي «الإيضاح» قاله المعلى -رحمه الله- : رجع أبو يوسف -رحمه الله - إلى قول أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقوله الأول مع محمد أشار إليه المصنف بقوله :

م: **(وقالا)** ش: أي أبو يوسف -رحمه الله - ومحمد- رحمه الله - م: **(ينقض البناء وترد الدار)** ش: أي على صاحبها كما هو مذكور في «الجامع الصغير» م: **(والغرس على هذا الاختلاف)** ش: يعني ينقطع به حق الفسخ عند أبي حنيفة- رحمه الله - خلافًا لهما ، وقد نص محمد - رحمه الله -على الاختلاف في كتاب الشفعة ، فإنه قال : إذا اشترى المشتري شراء فاسدًا فبنى فيه أو غرس ، لا يثبت حق الشفعة للشفيع ، وعندهما وعند أبي حنيفة - رحمه الله -يثبت م: **(لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد - رحمه الله -م: **(أن حق الشفيع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه)** ش: أي في حق الشفيع م: **(إلى القضاء ويبطل)** ش: أي حق الشفيع م: **(بالتأخير)** ش: أي بتأخير المطلب م: **(بخلاف حق البائع)** ش: فإنه لا يحتاج إلى ذلك م: **(ثم أضعف الحقين)** ش: وهما حق الشفيع وحق البائع م: **(لا يبطل بالبناء فأقواهما)** ش: أي فأقوى الحقين الذي هو حق البائع م: **(أولى)** ش: بأن لا يبطل م: **(وله)** ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله -م: **(أن البناء والغرس مما يقصد به الدوام)** ش: احترازًا عن الإجارة م: **(وقد حصل)** ش: أي كل واحد من البناء والغرس م: **(بتسليط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد)** ش: لأنه لا يجوز للإنسان أن يسعى في نقض ما تم من جهته م: **(كالبيع)** ش: أي فصار كما إذا باعه المشتري أو وهبه من غيره م: **(بخلاف حق الشفيع لأنه لم يوجد منه التسليط ولهذا)** ش: أي ولأجل عدم التسليط من الشفيع م: **(لا يبطل)** ش: أي حق الشفيع م: **(بهبة المشتري وبيعه)** ش: يعني لو وهبها الإنسان أو باعها من آخر .

فكذا ببنائه . وشك يعقوب -رحمه الله - في حفظه الرواية عن أبي حنيفة -رحمه الله- ، وقد نص محمد -رحمه الله - على الاختلاف في كتاب الشفعة، فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف .

م: (**فكذا ببنائه**) ش: أي فكذا لا يبطل ببنائه، وإذا ثبت هذا كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء ، يصير ورثه حينئذ بمنزلة البيع الصحيح فينقض بناء المشتري واعترض بأنه إذا وجب نقض البناء لحق الشفيع وفيه تقرير العقد الفاسد وجب نقضه لحق البائع بطريق الأولى ، لأن فيه إعدام الفاسد ، قال الأكمل: وإذا لزم ما ذكر فليس بوارد علي إذ البائع دون الشفيع ، ولا يلزم من نقضه لمن ليس بمسلط نقضه لمن سلط فانتفى الأولية وبطلت الملازمة .

م: (**وشك يعقوب -رحمه الله-**) ش: هو أبو يوسف -رحمه الله- م: (**في حفظه الرواية عن أبي حنيفة -رحمه الله-**) ش: لما كان هذا الموضع محتاجًا إلى تأكيد ، كرر المصنف قوله : شك يعقوب- رحمه الله - قال الأكمل - رحمه الله - : وفي كلامه نوع العلاق لأنه قال : رواه يعقوب - رحمه الله -عنه في «الجامع الصغير»، والراوي في «الجامع الصغير» محمد - رحمه الله -لأنه تصنيفه ، إلا إذا أريد «بالجامع الصغير» المسائل التي رواها يعقوب - رحمه الله -عن أبي حنيفة لمحمد -رحمهم الله- .

وقال تاج الشريعة - رحمه الله - : وشك يعقوب - رحمه الله -في حفظ الرواية ، قال مشايخنا : شك أبو يوسف - رحمه الله -أن قول أبي حنيفة - رحمه الله -هل يخالف قولهما أم لا ، وقع الشك لا يتحقق الاختلاف والأصح على الخلاف ، وشك أبي يوسف في الرواية أنه سمع منه أم لا .

م: (**وقد نص محمد - رحمه الله - على الاختلاف في كتاب الشفعة**) ش: الشفعة للشفيع عندهما وعند أبي حنيفة - رحمه الله -يثبت م: (**فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف**) ش: فعند أبي حنيفة - رحمه الله -يثبت حق الشفعة ، فكان انقطاع حق البائع في الاسترداد ثابتًا ، وعندهما : لا يثبت لأنه لم ينقطع حق البائع في الاسترداد ، وقال الأترازي -رحمه الله- : وقال بعض الشارحين : قوله: وثبوته بالرفع عطفًا على قوله : مبني وهو ضعيف .

قلت: أراد ببعض الشارحين السغناقي - رحمه الله -وتبعه على ذلك الكاكي أيضًا، ولكن الأترازي - رحمه الله - ما بين وجه الضعف صريحًا، والذي يظهر لي أن ثبوته مرفوع بالابتداء أو خبره هو قوله على الاختلاف لأن تحرير الكلام هنا ، وتحقيق معناه أن حق استحقاق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء والغرس، وثبوته مختلف فيه ، فمن قال بثبوته

قال : ومن اشترى جارية بيعًا فاسداً وتقابضا، فباعها وربح فيها تصدق بالربح ، ويطيب للبائع ما ربح في الثمن ، والفرق أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها ، فيتمكن الخبث في الربح ، والدراهم والدنانير لايتعينان في العقود ، فلم يتعلق العقد الثاني بعينها ، فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق ، وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك .أما الخبث لعدم الملك عند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين

قال بانقطاع حق البائع .

ومن قال بانقطاعه قال بعدم انقطاع حق البائع لأن وجود اللزوم بدون لازمه محال، وعلى هذا فمن حفظه مذهب أبي حنيفة - رحمه الله -في ثبوت الشفعة ، لا يشك في مذهبه في انقطاع حق البائع في الاسترداد فلم يبق الشك إلا في رواية عنه لمحمد - رحمه الله -فافهم فإنه موضع دقيق يحتاج إلى فكر عميق .

م: (**قال : ومن اشترى جارية بيعًا فاسداً وتقابضا ، فباعها وربح فيها تصدق بالربح، ويطيب للبائع ما ربح في الثمن**) ش: البائع هو بائع الجارية م: (**والفرق**) ش: أي بين الصورتين وهما طيب الربح لبيع الجارية في الثمن ، وعدم طيبه لمشتري الجارية م: (**أن الجارية مما يتعين فيتعلق العقد بها**) ش: أي بعين الجارية .

ومعنى تعين الجارية ، أنه إذا باع جارية معينة ليس له أن يعطي جارية أخرى مكانها، ولما تعلق العقد بها وحصل الربح من هذه الجارية كان الربح ، جاء من بدل المملوك ملكًا فاسدًا، فيمكن الخبث في الربح ويتصدق به م: (**فيتمكن الخبث في الربح**) ش: والخبث عدم الطيب م: (**والدراهم والدنانير لا يتعينانَ في العقود**) ش: أي في عقود البياعات ، واحترز به عن الوديعة والشركة والغصب ونحوها . وعند زفر والشافعي -رحمهما الله - يتعينان حتى لو اشترى بدراهم معينة ، فحبسها وأعطى البائع غيرها فللبائع أن يأبى ذلك ، ولو هلكت الدراهم أو استحقت يبطل البيع عندهما كما في البيع المعين ، وعندنا لا يبطل م: (**فلم يتعلق العقد الثاني بعينها**) ش: أي بعين الدراهم التي باع المشتري الجارية بها م: (**فلم يتمكن الخبث، فلا يجب التصدق**) ش: لأن الربح حصل بالعقد لا بالدراهم .

م: (**وهذا**) ش: أي هذا الذي ذكرنا من الفرق بين ما يتعين وبين ما لا يتعين ، حيث لا يطيب الربح في الأول ، ويطيب في الثاني م: (**في الخبث الذي سببه فساد الملك**) ش: والخبث على نوعين : خبث لفساد الملك ، وخبث لعدم الملك ، كما يجيء الآن ، وكذلك المال على نوعين : نوع لا يتعين في العقد كالدراهم والدنانير، ونوع يتعين بخلافهما .

م: (**أما الخبث لعدم الملك عند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين**) ش: أراد بهما ما يتعين من المال

لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة ، من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أوتقدير الثمن ، وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة ، والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة ، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها . قال : وكذا إذا ادعى على آخر مالاً فقضاه إياه ، ثم تصادقا ، أنه لم يكن عليه شيء ، وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح ، لأن الخبث لفساد الملك ههنا ؛ لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق ، وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين .

وما لا يتعين م: **(لتعلق العقد)** ش: أي بمال الغير م: **(فيما يتعين حقيقة)** ش: أي من حيث حقيقة الخبث م: **(وفيما لا يتعين شبهة)** ش: أي من حيث الشبهة ، أي شبهة الخبث ، وبينه بقوله : م: **(من حيث إنه يتعلق به)** ش: أي بمال يتعين م: **(سلامة المبيع)** ش: بأن ينقد الدراهم المغصوبة م: **(أو تقدير الثمن)** ش: عطف على قوله : سلامة المبيع ، يعني أن الخبث لعدم الملك إنما يثبت فيما لا يتعين بطريق الشبهة لأنه تعلق به سلامة المبيع كما قلنا أو تقدير الثمن بأن يشير إلى الدراهم المغصوبة ، ونقد من غيرها م: **(وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة)** ش: يعني أن الخبث لفساد الملك تنقلب حقيقة شبهة أي ما كان من الخبث بسبيل الحقيقة في الخبث لعدم الملك ، كما في ما يتعين يكون ذلك الخبث فيما يتعين شبهة لفساد الملك لأن الخبث لفساد الملك أدنى من الخبث لعدم الملك م: **(والشبهة)** ش: باعتبار فساد الملك فيما لا يتعين م: **(تنزل إلى شبهة الشبهة)** ش: فيما لا يتعين م: **(والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها)** ش: أي من الشبهة لأن شبهة الشبهة إذا اعتبرت ، ينسد باب العقود إذ لا يخلو عن شبهة الشبهة .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: **(وكذا إذا ادعى)** ش: رجل م: **(على آخر مالاً)** ش: بأن ادعى عليه ألف درهم مثلاً م: **(فقضاه إياه)** ش: أي فقضى الرجل المال م: **(ثم تصادقا، أنه لم يكن عليه شيء)** ش:والحال م: **(وقدر ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح ؛ لأن الخبث لفساد الملك ههنا ؛ لأن الدين وجب بالتسمية)** ش: بدعوى الدعوى م: **(ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك)** ش: ملكًا فاسداً والمستحق هو الدين والبدل الدراهم م: **(فلا يعمل)** ش: أي الخبث م: **(فيما لا يتعين)** ش: لأن الخبث لفساد الملك لا أثر له فيما لا يتعين ، لأنه شبهة الشبهة ، ولهذا طاب له الربح ولم يجب التصدق به .

* * *

فصل فيما يكره

قال :ونهى رسول الله ﷺ عن النجش.وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره ، قال عليه الصلاة والسلام : «لا تناجشوا »، قال:وعن السوم على سوم غيره ، قال عليه الصلاة والسلام : « لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه »

م: **(فصل فيما يكره)**

ش: أي هذا فصل في بيان ما يكره في باب البيوع ، والمكروه أدنى درجة من الفاسد، ولكن هو شعبة من شعبه فلذلك ألحقه به وأخره عنه ، وقد علم في الأصول أن الفسخ إذا كان لأمر متجاوز كان مكروهًا، وإذا كان لوصف متصل كان فاسدًا م: **(قال: ونهى رسول الله ﷺ عن النجش)** ش: بفتحتين ، ويروى بالسكون . وقيل : بالتحريك اسم وبالسكون مصدر . وهو مكروه بإجماع الأئمة الأربعة ، قوله : ونهى رسول الله ﷺ عن النجش، لفظ القدوري وفسره المصنف بقوله : م: **(وهو أن يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب)** ش: من الترغيب م: **(غيره)** ش: فيوقعه فيه ، ثم ذكر الحديث بقوله: م: **(قال عليه الصلاة والسلام)** ش: أي قال النبي ﷺ : م: **(لا تناجشوا)** ش: هذا الحديث رواه البخاري بإسناده عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال : « **نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد ولا تناجشوا** » الحديث ، وروى البخاري أيضًا : حدثنا عبد الله ابن مسلمة ، قال : حدثنا مالك عن نافع عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : « **نهى رسول الله ﷺ عن النجش** ».

م: **(قال)** ش: أي القدوري م: **(وعن السوم على سوم غيره)** ش: وقال المصنف - رحمه الله -: م: **(قال عليه الصلاة والسلام)** ش: أي قال النبي ﷺ : م: **(لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه)** ش: هذا الحديث رواه البخاري ، ومسلم من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ نهى عن تلقي الركبان وأن يبيع حاضر لباد الحديث . وفي آخره : وأن يستام الرجل على سوم أخيه ، ورواه محمد في كتاب الآثار : أخبرنا أبو حنيفة - رحمه الله - عن حماد عن إبراهيم عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ قال : « **لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبته** » الحديث .

وفي «شرح الطحاوي» : وصورته أن يتراوض الرجلان على السلعة ويتساومان عليها ويرضى البائع والمشتري بذلك ولم يعقد عقد المبيع حتى ساومه آخر على سومه واشتراه منه ، فإنه يجوز في الحكم ، ولكنه يكره هذا ، إذا جنح قلب البائع إلى البيع من الأول بما طلب منه من الثمن ، وأما إذا لم يجنح قلبه ولم يرض بذلك فلا بأس للثاني أن يشتريه لأن هذا بيع من يزيد .

ولأن في ذلك إيحاشاً وإضراراً ، وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة ، أما إذا لم يركن أحدهما إلى . الآخر فهو بيع من يزيد ، ولا بأس به على ما نذكره ، وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضاً . قال : وعن تلقي الجلب وهذا إذا كان يضر بأهل البلد ، فإن كان لا يضر فلابأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين ، فحينئذ يكره لما فيه من الغرر والضرر . وقال :

وعن بيع الحاضر للبادي

وقد روي عن رسول الله ﷺ أنه باع قدحًا وحلسًا ببيع من يزيد(١) وكذلك الرجل إذا خطب امرأة وجنح قلبها إليه كره لغيره أن يخطبها ، وإن لم يجنح قلبها إلى الأول فلا بأس للثاني أن يخطبها .

وفي «الكافي» : السوم أن يزيد في الثمن بعد تقرير لإرادة الشراء م: **(ولأن في ذلك)** ش: أي في السوم على أخيه م: **(إيحاشًا)** ش: أي إلقاء الوحشة في قلبه م: **(وإضرارًا)** ش: في زيادة الثمن م: **(وهذا)** ش: أي كون السوم مكروهًا م: **(إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة ، أما إذا لم يركن)** ش: أي فإذا لم يرض ولم يجنح م: **(أحدهما إلى الآخر فهو)** ش: أي السوم م: **(بيع من يزيد ، ولا بأس به)** ش: حينئذ م: **(على ما نذكره)** ش: إشارة إلى قوله : وقد صح أن النبي عليه السلام باع قدحًا وحلسًا ببيع من يزيد ، وسيجيء عن قريب وقد ذكرناه أيضًا . م: **(وما ذكرناه)** ش: أراد به قوله : وهذا إذا تراضى المتعاقدان م: **(محمل النهي في النكاح أيضًا)** ش: يعني إذا ركن قلب المرأة إلى الخاطب يكره خطبة غيره فإذا لم يركن فلا يكره .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(وعن تلقي الجلب)** ش: أي ونهى النبي ﷺ عن تلقي الجلب أي المجلوب ، صورته أن واحدًا من أهل المصر أخبر بمجيء قافلة بميرة عظيمة فيخرج ويتلقاهم ويشتري منهم ما يتمارون ويدخل المصر ويبيعه على ما يريد من الثمن م: **(وهذا)** ش: أي تلقي الجلب على ما وصفناه إنما يكره م: **(إذا كان يضر بأهل البلد)** ش: بأن يكونوا في ضيق من جدب وقحط م: **(فإن كان لا يضر)** ش: أهل البلد ذلك م: **(فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين)** ش: بأن يشتري منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون بالسعر م: **(فحينئذ يكره لما فيه من الغرر)** ش: في حقهم م: **(والضرر)** ش: لأهل المصر وكلاهما قبيح .

م: **(قال)** ش: أي القدوري في «مختصره» : م: **(وعن بيع الحاضر للبادي)** ش: وفسره ابن

---

(١) رواه أبو داود (٥/ ٥٣) ، والنسائي (٧/ ٢٥٩) ، والترمذي (٤/ ٤٠٨) التحفة ، وابن ماجة (٢/ ٧٤٠) ، من طريق الأخضر بن عجلان عن أبي بكر الحنفي عن أنس -رضي الله عنه- . قال الترمذي : سألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال : الأخضر بن عجلان ثقة ، وأبو بكر الحنفي اسمه عبد الله قال الحافظ : واسمه عبد الله بن عبد الله ، ولكنه لم يترجم له .

فقد قال عليه الصلاة والسلام: لا يبيع الحاضر للبادي ، وهذا إذا كان أهل البلدة في قحط وعوز ، وهو أن يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم ، أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر . قال: والبيع عند أذان الجمعة ، قال الله تعالى :﴿ وذروا البيع ﴾ (الجمعة : الآية ٩) ،

عباس - رحمه الله - بقوله : لا يكون له سماداً وبينه الحلواني حيث قال : صورته أن يجيء القروي بالطعام إلى المصر فلابد للسمسار الحاضر أن يبيع القروي بنفسه ، بل يقول له : لا تفعل شيئًا فلا أعلم فيتوكل هذا السمسار الحاضر من البادي ويبيعه ويعلي على الناس السعر ، فلو تركه يبيعه بنفسه ربما يرخص، وهذا مبني لقوله عليه الصلاة والسلام : «**لا يبيع حاضر لباد ، وذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض**» رواه مسلم عن جابر -رضي الله عنه- .

وعن أنس بن مالك -رضي الله عنه - كان يقول : « **لا يبيع حاضر لباد** » وهي كلمة جامعة لا يبيع له شيئًا ، وقال ابن سيرين -رحمه الله- : هي كلمة جامعة للبيع والشراء ويجيء الآن تفسير المصنف - رحمه الله - لقوله : لا يبيع حاضر لباد م: (**فقد قال عليه الصلاة والسلام**) ش: أي فقد قال النبي ﷺ : م: (**لا يبيع الحاضر للبادي**) ش: وقد ذكرنا عن قريب أن هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- ولفظ الحديث في كتب الحديث بلفظ النكرة في الحاضر والبادي.

م: (**وهذا**) ش: أي كراهة بيع الحاضر للبادي م: (**إذا كان أهل البلدة في قحط وعوز**) ش: أي ضيق م: (**وهو**) ش: أي الحاضر م: (**أن يبيع من أهل البدو طمعًا في الثمن الغالي**) ش: ويبيعه من أهل البادية بثمن غال، وأهل المصر يتضررون بذلك فلا يجوز م: (**لما فيه من الإضرار بهم**) ش: أي بأهل البلد م: (**أمَا إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر**) ش: وهكذا قال في «شرح الطحاوي» -رحمه الله- .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله -: م: (**والبيع عند أذان الجمعة**) ش: أي ونهى رسول الله ﷺ عن البيع عند أذان الجمعة هكذا فسره الأكمل - رحمه الله - وقال الأترازي -رحمه الله- : وهو بالجر معطوف على قوله عن النجش ، وهو أيضًا يؤدي معنى ما قاله الأكمل - رحمه الله - ولكن المصنف - رحمه الله - لم يذكر فيه النهي عن النبي ﷺ عن ذلك صريحًا ، وإنما قال : م: (**قال الله تعالى : ﴿وذروا البيع ﴾ (الجمعة : الآية ٩)**) ش: ولكن ما نهى الله عز وجل عن شيء وهو أيضًا نهي النبي ﷺ ، ومعنى ذروا : اتركوا أمرًا للجماعة من يدرون ما أتوا ما فيه ، وأصله اذروا أو ذروا حذفت الواو تبعًا لفعله واستغني عن الهمزة فحذفت فصار ذروا ، وأقل أحوال النهي الكراهة ، ولأن السعي إلى الجمعة واجب بالنص.

وفي الاشتغال بالبيع والشراء أو بالنوم ونحو ذلك ترك السعي الواجب ، وقد مر الكلام

ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر في كتاب الصلاة . قال: وكل ذلك يكره لما ذكرنا ، ولا يفسد به البيع لأن الفساد في معنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة . قال : ولا بأس ببيع من يزيد ، وتفسيره ما ذكرنا وقد صح أن النبي ﷺ باع قدحًا وحلساً ببيع من يزيد .

فيه مستقصى في باب الجمعة م: (ثم فيه) ش: أي في الاشتغال بالبيع م: **(إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه)** ش: بأن عقدا ووقفا ولم يسعيا ، وأما إذا كانا يمشيان ويبيعان فلا بأس به ، ذكره أبو الليث في أصوله م: **(وقد ذكرنا الأذان المعتبر في كتاب الصلاة)** ش: أراد به ما ذكره في باب الجمعة ، والأصح أن المعتبر هو الأول أي الأذان الأول إذا كان بعد الزوال، لحصول الإعلام به .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: **(وكل ذلك يكره)** ش: أي كل ما ذكرنا من أول الفصل إلى هنا مكروه وهو النجش والسوم على سوم غيره ، وتلقي الجلب ، وبيع الحاضر للباد، والبيع عند أذان الجمعة م: **(لما ذكرنا)** ش: أي لما ذكرنا من الدلائل في كل واحد منهما بمفرده .

م: **(ولا يفسد به البيع)** ش: أي بالنهي المذكور حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض، وبه قال الشافعي -رضي الله عنه - ولكن يثبت الخيار في وجه في صورة تلقي الركبان ، إذ ليس السعر عليهم ، وقال مالك - رحمه الله - : بيع التناجش باطل، وبه قال أحمد - رحمه الله - في رواية ضعيفة ، وفي صورة تلقي الركبان البيع باطل عند مالك - رحمه الله - وكذا بيع الحاضر للبادي وبه قال أحمد - رحمه الله - م: **(لأن الفساد في معنى خارج زائد)** ش: أي مجاور م: **(لا في صلب العقد)** ش: أي لا متصل به م: **(ولا في شرائط الصحة)** ش: من الحرية والعقل والبلوغ، قال الكاكي - رحمه الله - : وأراد بقوله : خارج مجاور لا مطلق الخارج بدليل قوله : زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة ، وإلا يشكل بالبيوع الفاسدة بالشرط فإن الفساد لمعنى خارج لكن ليس مجاورًا ، لهذا قال الكاكي - رحمه الله - قوله : لمعنى خارج مشكل إلا أن يؤول خارج بالمجاور .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: **(ولا بأس ببيع من يزيد ، وتفسيره ما ذكرنا)** ش: أشار به إلى قوله : فإذا لم يركن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد م: **(وقد صح أن النبي ﷺ باع قدحًا وحلسًا ببيع من يزيد)**[1] .

ش: هذا الحديث أخرجه الأربعة فأخرجه أبو داود في «الزكاة »، وابن ماجة في «التجارات» عن عيسى بن يونس عن الأخضر بن عجلان عن أبي بكر عبد الله الحنفي عن أنس بن مالك - رضي الله عنه -أن رجلاً من الأنصار أتى النبي ﷺ ليسأله ، فقال له : **« أما في بيتك شيء؟»**

---

(١) تقدم تخريجه .

....

قال: بلى، حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه، وقعب نشرب فيه الماء، قال: «**ائتني بهما**» **فأتاه** بهما فأخذهما رسول الله ﷺ بيده وقال: «**من يشتري هذين؟**» **فقال رجل: أنا آخذهم بدرهم،** قال: «**من يزيد على درهم؟**» مرتين أو ثلاثًا، فقال رجل: أنا آخذهما بدرهمين **فأعطاهما إياه** وأخذ الدرهمين فأعطاهما الأنصاري، وقال: «**اشتر بأحدهما طعامًا فانبذه إلى أهلك، واشتر بالآخر فأسًا فائتني به**» فأتاه به فشد فيه رسول الله ﷺ عودًا بيده ثم قال: «**اذهب واحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يومًا**» فذهب الرجل يحتطب ويبيع فجاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى ببعضها ثوبًا وببعضها طعامًا، فقال رسول الله ﷺ: «**هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة، إن المسألة لا تصح إلا لثلاثة: لذي فقر مدقع أو لذي غرم مفظع، أو لذي دم موجع**» وأخرجه الترمذي مختصرًا أن النبي ﷺ باع حلسًا وقدحًا فيمن يزيد، وكذلك أخرجه النسائي مختصرًا.

فإن قلت: كيف يقول المصنف - رحمه الله -: وقد صح، وضعفه العقيلي في كتابه والأخضر بن عجلان ذكره الأزدي في الضعفاء وأبو بكر الحنفي، قال ابن القطان: فيه مجهول لا أعرف أحدًا نقل عدالته.

قلت: هذا الحديث لما رواه الترمذي حسنه، وعند البعض: الحسن من الصحيح والأخضر ابن عجلان وثقه البخاري، وأبو بكر الحنفي روى عنه جماعة وحسن الترمذي حديثه ولولا أنه ثقة عنده لما حسن حديثه.

فإن قلت: كيف باع النبي ﷺ الحلس والقدح بغير إذن صاحبهما؟

قلت: قيل: يجوز للحاكم أن يبيع على المعسر.

فإن قلت: قال الترمذي: لم ينقل أنه كان معسرًا.

قلت: كانت نفقة أهله واجبة عليه فهي كالدين، قلت: لا يحتاج إلى هذه التكلفات، والنبي ﷺ كان يجوز له التصرف في أموال أمته بما شاء فيتصرف على وجه المصلحة.

فإن قلت: قال الترمذي: والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم، لم يروا بما شاء ببيع من يزيد في الغنائم والمواريث [بأسًا].

قلت: قال ابن العربي: والباب واحد والمعنى مشترك لا يختص به غنيمة ولا ميراث والحلس بكسر الحاء المهملة كساء يطرح على ظهر البعير أو الحمار، والجمع أحلاس وحلوس كذا في الجمهرة، ويقال: فلان حلس بيته إذا لم ينزح منه.

ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوع منه . قال : ومن ملك مملوكين صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما ، وكذلك إن كان أحدهما كبيراً ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام :

قوله : مدقع من الدقعاء وهو التراب ، ومعنى فقر مدقع أي شديد يفضي بصاحبه إلى التراب .

وقيل : هو سواء احتمال الفقر ، قوله : أو لذي غرم مفظع أي لذي خلعة لازمة من غرامة مثقلة ، وقال ابن الأثير : المفظع الشديد الشنيع ، وقد أفظع يفظع فهو مفظع وفظع الأمر فهو فظيع ، قوله : لذي دم موجع : هو أن يتحمل دية فيسعى فيها حتى يؤديها إلى أولياء المقتول ، فإن لم يؤدها قبل التحمل عنه فيوجعه قتله .

م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن بيع من يزيد م: **(بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه)** ش: أي الحاجة داعية إلى ذلك ، وتوارثها الناس في الأسواق م: **(نوع منه)** ش: أي من البيع المكروه ، وإنما فصل هذا لما أن الكراهة في الدين تذكر بعد لمعنى راجع إلى المعقود عليه ، والكراهة فيما ذكر قبل لمعنى يرجع إلى غير المعقود عليه ، أو لأن الذي يذكر بعد مسائل مختلفة يجمعها معنى واحد وهو التفريق بخلاف الأول ؛ لأن فيها مسائل شتى ولها أصول مختلفة .

وقال الأترازي -رحمه الله- : ولأن المصنف -رحمه الله - فصل هذا عما تقدم لأن هذا النوع له باب على حدة في الأصل والزيادات ، ولهذا ذكره الكرخي - رحمه الله - في مختصره في باب على حدة ، قلت : على ما ذكره كان ينبغي أن يذكر له بابًا على حدة .

م: **(قال : ومن ملك مملوكين)** ش: إنما قال : ملك ، ولم يقل : اشترى لتناول وجوه سبب الملك من قبول الهبة والوصية والإرث والشراء م: **(صغيرين أحدهما ذو رحم محرم من الآخر)** ش: وقيد بالصغيرين لأنه يكره في الكبيرين م: **(لم يفرق بينهما)** ش: ومراده بالتفريق أن يكون ذلك في ملك واحد، لأنه إذا كان أحدهما في ملك رجل والآخر في ملك الآخر لم يكره التفريق ، ألا ترى إلى ما قال في «الشامل» : ولو كان أحدهما مملوكًا له ، والآخر لولده الصغير أو مكاتبه أو مضاربه جاز التفريق .

قال في« شرح الطحاوي» : إذا كان له ولدان صغيران فدخل أحدهما في ملك أحدهما الآخر فلا بأس ببيع أحدهما ، وإن كان يملك بيعهما جميعًا ، وقال فيه أيضًا : وكما يكره التفريق في البيع فكذلك يكره التفريق في القسمة في الميراث والغنائم .

م: **(وكذلك)** ش: أي لم يفرق م: **(إن كان أحدهما)** ش: أي أحد المملوكين م: **(كبيرًا)** ش: وإلا صغيرًا م: **(والأصل فيه)** ش: أي في هذا النوع م: **(قوله عليه الصلاة والسلام)** ش: أي قول النبي

« من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» ووهب النبي ﷺ لعلي -رضي الله عنه - غلامين أخوين صغيرين ، ثم قال له : «ما فعل الغلامان ؟»

ﷺ : م: (**من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة**)(١) .

ش: هذا الحديث رواه الترمذي عن حسين بن عبد الله عن أبي عبد الرحمن الحبلي عن أبي أيوب الأنصاري -رضي الله عنه - قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : « **من فرق ...** » إلخ نحوه ، وقال : حديث حسن غريب .

وقال الأترازي - رحمه الله - : وقال الكرخي - رحمه الله - في«مختصره » : روينا عن أبي أيوب قال: سمعت النبي ﷺ يقول : « **من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته** » قال : وهكذا ذكر لفظ الحديث شمس الأئمة البيهقي -رحمه الله- في «الشامل» و«الكفاية» ، وكذا ذكره في« شرح الأقطع» و«الإيضاح» ، ولكن ذكر صاحب «الهداية» بلفظ الأحبة .

قلت: المحدثون رووه بلفظ الأحبة ، منهم الترمذي كما ذكرنا ، والحاكم ، والبيهقي ، والدارمي ، والدارقطني ، وأحمد في مسنده بعضه ، وقال شيخنا زين الدين -رحمه الله - في شرح الترمذي : استدل أحمد - رحمه الله - بعموم الحديث على أنه لا يصح التفريق بين الأم وولدها الكبير في البيع ونحوه وهو رواية ابن الحكم عن مالك ، وقال أيضًا : هل يحصل الحكم بالوالدة أو يدخل فيه الجدة للأب ، وكذلك الولد الصغير مع الولد هل يجوز التفريق بينهما بالبيع ونحوه . كذلك الجدة للأب والجد للأب صرح أصحابنا بأن الجدة كالأم عند عدم الأم ، وكذلك الجد كالأب عند عدم الأب ، فإن كان له أم وأب رقيقان حرم التفريق بينه وبين الأم ، وجاز التفريق بينه وبين الأب ، وكذلك لو كان له أم وجدة لم يجز التفريق بينه وبين الأم ، فإن بيع مع جدته دون أمه فالأصح أنه حرام .

وقال أيضًا : فيه حجة للصحيح من الوجهين عند أصحاب الشافعي -رضي الله عنه- أنه لا يزول تحريم التفريق بإذن الأم في أن يفرق بينها وبين ولدها ، وبناه بعض العلماء على أن الحق في هذا هل هو لحق الوالدة أو لحق الله تعالى ؟ فإن كان لحق الوالدة جاز التفريق بإذنها ، وإن كان لحق الولد أو لحق الله تعالى فلا يجوز التفريق وإن أذنت ، وجوز مالك التفريق بإذنها .

م: (**ووهب النبي ﷺ لعلي -رضي الله عنه - غلامين صغيرين ثم قال له : «ما فعل الغلامان ؟ »** ،

---

(١) صحيح: رواه أحمد في المسند (٥/ ٤١٤) ، والترمذي (١٢٨٣) ، والدار قطني (٣/ ٢٦٧ ، ٢٦٨) ، والحاكم (٢/ ٥٥) ، والبيهقي (٩/ ١٢٦) ، من طريق حيي بن عبد الله المعافري عن أبي عبد الرحمن الحبلي عن أبي أيوب الأنصاري . وحيي فيه كلام ، ورواه البيهقي أيضًا من طريق خالد بن حميد عن العلاء بن كثير الإسكندراني عن أبي أيوب مرفوعًا . وخالد بن حميد لا بأس به والعلاء ثقة .

فقال : بعث أحدهما فقال -عليه السلام -: « أدرك أدرك »، ويروي :« اردد ، اردد» ، ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس ، والمنع من التعاهد ، وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه .

فقال: بعث أحدهما ، فقال عليه السلام :« أدرك أدرك» ، ويروى : « اردد ، اردد») ش: هذا رواه الترمذي وابن ماجة عن الحجاج بن أرطاة عن الحكم بن عتيبة عن ميمون بن أبي شبيب عن علي- رضي الله عنه - قال : وهب لي رسول الله ﷺ غلاماك أخوين فبعت أحدهما ، فقال رسول الله ﷺ : « **يا علي ما فعل غلاماك** » فأخبرته ، فقال : «**رده**» . ثم قال : هذا حديث حسن غريب، وقال أبو داود في « سننه» : ميمون بن أبي شبيب لم يدرك عليًا فإنه قتل في الجماجم في سنة ثلاث وثمانين[1] .

وأخرج الدارقطني في «سننه» ، والحاكم في «مستدركه» عن شعبة عن الحكم بن عتيبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي - رضي الله عنه - قال : قدم على النبي ﷺ سبي فأمرني ببيع أخوين فبعتهما وفرقت بينهما ، ثم أتيت النبي ﷺ فأخبرته ، فقال : «**أدركهما وارتجعهما وهما جميعًا، ولا تفرق بينهما** » وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين ، ولم يخرجاه .

م: **(ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير)** ش: أي ويستأنس بالكبير أيضًا، ففي التفريق زوال الأنس وزيادة الإيحاش فيكره ما لم يبلغ الغلام ، أو تحض الجارية ، فإذا بلغا لا يكره التفريق م: **(والكبير يتعاهده)** ش: أي يتعاهد الصغير أي يقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة م: **(فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس والمنع من التعاهد وفيه ترك الرحمة على الصغار وقد أوعد عليه)** ش: أي على ترك المرحمة، وفيه أحاديث :

منها : ما رواه أبو داود من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : « **من لم يرحم صغيرنا ويعرف حق كبيرنا فليس منا**»[2] .

---

(١) صحيح: رواه الترمذي من طريق حماد بن سلمة عن الحجاج بن أرطاة عن ميمون بن أبي شبيب عن علي - رضي الله عنه- . وابن ماجة (٢/ ٧٥٩) ، من طريق الحجاج عن الحكم عن ميمون بن أبي شبيب ورواه أبو داود (٢٦٧٩) من طريق يزيد بن عبد الرحمن عن الحكم عن ميمون عن علي . ولكنه بلفظ أنه فرق بين جارية وولدها . . . الحديث ، ورواه الدارقطني (٣/ ٦٥) ، والحاكم (٢/ ٥٥)، من طريق شعبة عن الحكم ابن عتيبة عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن علي -رضي الله عنه- مرفوعًا . قلت: والإسناد الأول ضعيف فيه الحجاج بن أرطاة مدلس وقد عنعن ، ومنقطع بين ميمون وعلي فإنه لم يسمع منه . والإسناد الثاني إسناد صحيح لولا الانقطاع بين ميمون وعلي . والإسناد الثالث في غاية الصحة . والله أعلم .

(٢) حسن: رواه أبو داود في « الأدب » باب الرحمة (٢/ ٣٢٠) ، من طريق ابن أبي نجيح عن ابن عامر عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما مرفوعًا . وفيه عبد الرحمن بن عامر وهو مقبول. ورواه الترمذي في البر=

ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم ، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما ، لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ،

ومنها : حديث ابن عباس -رضي الله عنهما - رواه الترمذي عن عكرمة -رضي الله عنه- مرفوعًا .

ومنها : حديث أنس - رضي الله عنه - أخرجه الترمذي أيضًا مرفوعًا نحوه .

ومنها : حديث رواه أبو يعلى الموصلي - رحمه الله - في مسنده عن أنس مرفوعًا : « ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا » .

م: (**ثم المنع**) ش: أي المنع من التفريق م: (**معلول بالقرابة المحرمة للنكاح**) ش: بأن يكون أحدهما ذا رحم محرم من الآخر م: (**حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب**) ش: كأولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات .

م: (**ولا قريب غير محرم**) ش: أي ولا يدخل فيه محرم كالأخت من الرضاع وكامرأة الأب م: (**ولا يدخل فيه**) ش: أي في المبيع من التفريق م: (**الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد بخلاف القياس**) ش: فإن القياس أن يتصرف المالك في ملكه كيف شاء م: (**فيقتصر على مورده**) ش: أي مورد النص وهو القرابة المحرمة للنكاح .

فإن قلت: كيف يكون على خلاف القياس ، والمعنى هو قطع المعاهدة بالتفريق، موجود ؟

قلنا : وجود المعنى لا يدل على أنه لا يكون على خلاف القياس ، فإن السلم شرع لحاجة المفاليس ، ومع ذلك شرع على خلاف القياس، كذا قيل : لو كان منع التفريق معلولاً بالقرابة المحرمة للنكاح لما جاز التفريق عند وجود هذه العلة ، وقد جاز في مواضع مع وجودها .

أحدها : ما إذا كان أحد المملوكين بحال لا يمكن للمولى أن يبيعه بأن دبره ، ولا بأس ببيع الذي هو محل البيع هنا وإن حصل التفريق .

والثاني : ما إذا جنى أحدهما ، فلا بأس أن يدفعه المولى إلى ولي الجناية مع أن له منع البيع باختيار الفداء .

=والصلة (٢/ ١٤) ، من طريق محمد بن إسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . وفيه عنعنة ابن إسحاق . ورواه أيضًا من طريق شريك عن ليث بن أبي سليم عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعًا . وفيه شريك وليث وهما ضعيفان . ورواه أيضًا من حديث أنس وفيه زربي بن عبد الله الأودي وهو ضعيف . رواه أبو يعلى في مسنده من حديث أنس وفيه يوسف بن عطية وهو كذاب .

ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا ، حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره

والثالث : ما لو استهلك مال أمان يباع فيه مع أن للمولى ولاية المنع بأداء قيمته .

والرابع : ما لو كانا مملوكين لحربي مستأمن فإنه يجوز للمسلم أن يشتري أحدهما مع أن كل موضع يكره التفريق بالبيع يكره التفريق بالشراء ، وها هنا لا يكره .

والخامس : أنه لو كان ثلاثة إخوة في يد رجل وأحدهم صغير فللمالك أن يبيع أحد الكبيرين استحسانًا مع وجود التفريق .

والسادس : ماإذا اشتراهما ووجد بأحدهما عيبًا فله أن يرده ويمسك الثاني في ظاهر الرواية .

والسابع : ما لو كان أحدهما أعتقه على مال أو غير مال فيقع التفريق باعتبار الإخراج عن الملك .

الثامن : أنه لو كان في يد رجل أمة ، ولها ولد صغير مراهق يجوز بيعه باختياره ورضى أمه ، والمسائل من المبسوط والإيضاح وشرح الطحاوي .

قلنا : أما الجواب عن الأول : أنه إنما لم يجوز التفريق باعتبار ضرر المملوك ، فلو منعناه من بيع الآخر لحق الضرر للمولى فيه ، وتعارض الضررين ، فنفي الضرر عن المولى أولى لئلا يلزم الحجر عن التصرف في ملكه ، وكذلك الجواب في الثاني والثالث .

وعن الرابع : أنه لو لم يجز شراء المسلم منه لذهب الحربي بينهما إلى دار الحرب ، وضرر فساده في دار الحرب ثابت في الدنيا والآخرة ، أما في الدنيا فلعرضية الأمن والقتل إذ الظاهر من حال من ينشأ في دارهم كان على دينهم ، وأما ضرر الآخرة فظاهر .

وأما الخامس : بأن المنع لحق الصغير وجه مرعي إذا كان معه أحد الكبيرين ليستأنس به ويقوم بحوائجه ، مع أن فيه رواية عن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يكره أيضًا .

وعن السادس : بالجواب عن الثاني .

وعن السابع : أن الكتابة والإعتاق هو عين الجمع بأكمل الوجوه ، إذ المكاتب أو المعتق صار أحق بنفسه ، فيدور هو حيث ما دار أخوه فيتعاهد أموره .

وعن الثامن : أنه لما رضيا بالتفريق لم يبق الضرر فيجوز .

م: **(ولابد من اجتماعهما)** ش: أي اجتماع المملوكين الصغيرين م: **(في ملكه لما ذكرنا)** ش: أشار به إلى قوله- عليه السلام - : « **من فرق بين والدة وولدها** » م: **(حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره)** ش: وفي بعض النسخ ، والآخر لغيره وهو الأظهر ، لأن لفظ الغير مطلقًا يتناول

لا بأس ببيع واحد منهما ، ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب ؛ لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به . قال : فإن فرق كره له ذلك وجاز العقد ، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه لا يجوز في قرابة الولادة ويجوز في غيرها. وعنه أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد .

كل من هو غير المالك م: (**لا بأس ببيع واحد منهما**) ش: أي من الاثنين المذكورين لأن التفريق إنما يتحقق في ملك واحد لا في ملك اثنين .

م: (**ولو كان التفريق بحق**) ش: أي بسبب حق م: (**مستحق لا بأس به**) ش: أي بالتفريق ومثل لذلك بقوله : م: (**كدفع أحدهما بالجناية**) ش: بأن جنى أحدهما فدفعه م: (**وبيعه بالدين**) ش: بأن كان مأذونًا وأحاط به دينه أو وجب الدين على المالك ولا مال له م: (**ورده بالعيب**) ش: بأن اشتراهما وكان بأحدهما عيب لم يظهر عند العقد ، وعلل بقوله : م: (**لأن المنظور إليه**) ش: في منع التفريق م: (**دفع الضرر عن غيره**) ش: أي عن غير الصغير م: (**لا الإضرار به**) ش: أي بالصغير

وحاصل الكلام : أن التفريق إنما نهي عنه لدفع الضرر عن الصغير وليس من شرط دفع الضرر عن شخص إلحاق الضرر بغيره ، فإذا تعلق بأحدهما حق فالمنع من إيفاء الحق الضرار بصاحب الحق، وإنما حصل الإضرار بالصغير ضمنًا لحق مستحق فلا يلتفت إليه لأنه كم من شيء يثبت ضمنًا ولا يثبت قصدًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**فإن فرق كره له ذلك وجاز العقد**) ش: الكراهة بالإجماع وفي الجواز خلاف ، فعند أبي حنيفة ، ومحمد - رحمهما الله - يجوز وبه قال الشافعي - رضي الله عنه - في قول م: (**وعن أبي يوسف -رحمه الله - أنه**) ش: أي أن التفريق م: (**لا يجوز في قرابة الولادة**) ش: أي في الولدين والمولودين ، وبه قال الشافعي -رضي الله عنه - في الأصح م: (**ويجوز في غيرها**) ش: أي غير الوالدين والمولودين م: (**وعنه**) ش: أي عن أبي يوسف - رحمه الله - م: (**أنه**) ش: أي أن التفريق م: (**لا يجوز في جميع ذلك**) ش: أي في قرابة الولاد وغيرها ، وبه قال زفر والحسن وأحمد -رحمهم الله- م: (**لما روينا**) ش: أشار به إلى قول علي -رضي الله عنه- في الحديث : بعت أحدهما وقد مر م: (**فإن الأمر بالإدراك**) ش: وهو قوله -عليه السلام- في الحديث المذكور : أدرك .

م: (**والرد**) ش: أي القول بالرد في قوله : ويروى اردد ، اردد م: (**لا يكون إلا في البيع الفاسد**) ش: وقال الطحاوي - رحمه الله - : ولا ينبغي لأحد أن يفرق بين ذي رحم محرم فيهما صغير ، فإن أبا حنيفة - رحمه الله - كان يكره ذلك ، ولا يفسخ البيع ، وكان أبو يوسف ومحمد -

ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله ، وإنما الكراهة لمعنى مجاور فشابه كراهة الاستيام ، وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما ؛ لأنه ليس في معنى ما ورد به النص ، وقد صح أنه فرق بين مارية وسيرين ، وكانتا أمتين أختين .

رحمه الله - يكرهان ذلك ولا يفسخان البيع .

وكذلك الحكم فيه حتى يبلغ الصغير غير أن محمدًا - رحمه الله -قال في الصبي : إذا كان أخوان أو أختان أو عمتان أو خالتان فإنه لا بأس ببيع واحد من ذلك واحتباس الصغير مع الآخر ، هذا لفظ الطحاوي ، وقد ذكر قول محمد - رحمه الله - مع أبي يوسف كما ترى ، وقد ذكر الكرخي - رحمه الله - في مختصره قول محمد مع أبي حنيفة كما ذكره المصنف .

م: **(ولهما)** ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: **(أن ركن البيع صدر من أهله)** ش: وهو العاقل البالغ حال كونه مضافًا م: **(في محله)** ش: وهو المالية م: **(وإنما الكراهة لمعنى مجاور)** ش: وهو للرخصة الحاصلة بالتفريق م: **(فشابه كراهة الاستيام)** ش: أي السوم على سوم أخيه فإنه مكروه لا فاسد ، والحديث محمول على طلب الإقالة أو بيع آخر ممن باع من أحدهما م: **(وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه ليس في معنى ما ورد به النص)** ش: لأن معنى ما ورد به الشرع هو أن التفريق قطع الاستئناس .

وترك التعاهد وليس هذا في الكبيرين م: **(وقد صح أنه)** ش: أي أن النبي ﷺ م: **(فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين)** ش: بيان هذا ما رواه البزار في مسنده من حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه قال : أهدى المقوقس القبطي لرسول الله ﷺ جاريتين وبغلة كان يركبها ، فأما إحدى الجاريتين فتسراها فولدت له إبراهيم -رحمه الله - وهي مارية أم إبراهيم ، وأما الأخرى فوهبها رسول الله ﷺ لحسان بن ثابت -رضي الله عنه - وهي أم عبد الرحمن بن حسان[1] .

وأخرج البيهقي من طريق ابن إسحاق في «دلائل النبوة» عن الزهري عن عبدالرحمن بن عبد القادر أن رسول الله ﷺ بعث حاطب بن أبي بلتعة إلى المقوقس صاحب الإسكندرية بكتاب ، فقبل الكتاب وأكرم حاطبًا ، وأحسن نزله ومخرجه إلى النبي ﷺ وأهدى له مع حاطب كسوة ، وبغلة مسروجة وجاريتين ، إحداهما أم إبراهيم ، وأما الأخرى فوهبها

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٣٨) : رواه البزار في مسنده قال : حدثنا محمد بن زياد ثنا سفيان بن عيينة ثنا بشير بن المهاجر عن عبد الله بن بريدة عن أبيه . مرفوعاً ، ثم قال : هذا حديث وهم فيه محمد بن زياد فرواه عن ابن عيينة عن بشير بن المهاجر ، وابن عيينة ليس عنده عن بشير بن المهاجر . ولكن روى هذا الحديث عن بشير بن المهاجر حاتم بن إسماعيل ودلهم بن دهثم . قلت : بشير بن المهاجر فيه لين ، وحاتم بن إسماعيل صدوق ربما وهم فلا تصح هذه الروايةوالله أعلم .

....

رسول الله ﷺ لجهم بن قيس العقدي ، وهي أم زكريا بن جهم الذي كان خليفة عمرو بن العاص على مصر ، انتهى ، وهذا مرسل ومخالف لما رواه البزار كما تراه[1] .

ولكن الجمع بينهما بحديث آخر رواه البيهقي أيضًا بإسناده إلى حاطب بن أبي بلتعة قال : بعثني رسول الله ﷺ إلى المقوقس ملك الإسكندرية فجئته بكتاب رسول الله ﷺ فأنزلني في منزله فأقمت عنده ثم بعث إليّ وقد جمع بطارقته إلى أن قال : وهذه هدايا أبعث بها معك إلى محمد فأهدى إلى رسول الله ﷺ ثلاث جوار منهن : أم إبراهيم ابن رسول الله ﷺ وواحدة وهبها - عليه الصلاة والسلام - لأبي جهم بن حذيفة العدوي، وواحدة وهبها لحسان بن ثابت الأنصاري. انتهى[2] .

قلت : أبو جهم ذكره أبو عمر في «الاستيعاب» وقال : قيل اسمه عامر بن حذيفة ، وقيل : عبيد بن حذيفة أسلم عام الفتح وصحب النبي ﷺ ، توفي آخر خلافة معاوية -رضي الله عنه- . وأما جهم بن قيس فذكره أيضًا في الاستيعاب ، وقال : جهم بن قيس بن عبد بن شراحبيل بن عبد مناف بن عبد الدار . وقال : هاجر إلى أرض الحبشة مع امرأته ، وتوفيت امرأته هناك .

ولم يتعرض إلى قضية هبة النبي - عليه الصلاة والسلام - إياه الجارية ، ولا في أبي جهم، وأما سيرين فقيد ذكرها أبو عمر - رحمه الله -في الاستيعاب في باب السين المهملة وكذا ذكرها الذهبي في تجريد الصحابة وذكرها الأترازي بثلاث نقط على السين ، والظاهر أنه سهو .

***

---

(١) رواه البيهقي في الدلائل (٤/ ٣٩٥) من طريق ابن إسحاق قال : حدثناالزهري عن عبد الرحمن القارئ . مرسلاً .

(٢) رواه البيهقي في الدلائل (٤/ ٣٩٦) من طريق إبراهيم بن عبد الرحمن قال : حدثنا عبدالرحمن ابن زيد بن أسلم عن أبيه قال : حدثنا يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب عن أبيه عن جده حاطب بن أبي بلتعة مرفوعاً.
قلت : عبد الرحمن بن زيد بن أسلم ضعيف ولعل هذه الرواية هي أصح الروايات في حديث الجار يتين .

باب الإقالة

الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول لقوله ﷺ : «من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » ، ولأن العقد حقهما فيملكان رفعه دفعًا لحاجتهما ، فإن شرط أكثر منه أو أقل

م: **(باب الإقالة)**

ش: أي : هذا باب في بيان أحكام الإقالة ، قيل : الإقالة مشتق من القول والهمزة للسلب كأشكى يعني أزال القول السابق [. . . . .] .

والجوهري ذكرها في «الصحاح » في القاف مع الياء وأقلته البيع إقالة وهو فسخه ورفعه ، وذكر في «مجموع اللغة» قال : أقال البيع قيلاً وإقالة فسخ ، والمناسبة بين هذا الباب وبين الذي قبله هي أن الخلاص من حيث البيع الفاسد والمكروه لما كان بالفسخ كان للإقالة تعلقًا خاصًا بها فذكر عقبها .

م: **(الإقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الأول)** ش: لا خلاف للأئمة الأربعة -رحمهم الله- في جواز الإقالة ولكن خلافهم أنها فسخ أو بيع على ما يأتي، والدليل على جوازها الحديث الذي يأتي ولأن الإقالة رفع العقد والعقد حق المتعاقدين وقد انعقد بتراضيهما فكان لهما رفعه دفعًا للحاجة م: **(لقوله ﷺ)** ش: أي لقول النبي عليه الصلاة والسلام : م: **(من أقال نادمًا بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة)** ش: هذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجة عن الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ : « **من أقال مسلمًا ببيعته أقال الله عثرته** » ، زاد ابن ماجة يوم القيامة ، ورواه ابن حبان في صحيحه والحاكم في «مستدركه» وقال : صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وقال ابن حبان فيه : يوم القيامة دون الحاكم ونادمًا عند البيهقي[1] .

م: **(ولأن العقد)** ش: أي عقد البيع م: **(حقهما فيملكان رفعه)** ش: أي رفع العقد الذي وقع بينهما م: **(دفعًا)** ش: أي لأجل الدفع م: **(لحاجتهما)** ش: لأن كل من كان له حق يملك رفعه م: **(فإن شرط أكثر منه)** ش: أي من الثمن الأول م: **(أو أقل)** ش: أي أو شرط الأقل من الثمن الأول م:

---

(١) رواه أبو داود في البيوع « باب فضل الإقالة» (٢/ ١٣٤) وابن ماجة في البيوع (٢/ ١٦٠) ورواه الحاكم في المستدرك(٢/ ٤٥) والبيهقي في البيوع (٦ / ٢٧) من طريق الأعمش عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً . وقال الحاكم : صحيح على شرط الشيخين، ورواه ابن حبان (٧/ ٢٤٣) بلفظ : «من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة » . وهو من حديث إسحاق الفروي عن مالك عن أبي صالح عن أبي هريرة مرفوعاً . وإسناده حسن .

فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول ، والأصل أن الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما ، إلا أنه لا يمكن جعله فسخاً فتبطل ، وهذا عند أبي حنيفة ، وعند أبي يوسف - رحمه الله- هو بيع إلا أنه لا يمكن جعله بيعاً فيجعل فسخاً ، إلا أنه لا يمكن فتبطل . وعند محمد- رحمه الله- هو فسخ إلا إذا تعذر جعله فسخاً فيجعل بيعاً ، إلا أنه لا يمكن فتبطل .

(**فالشرط باطل**) ش: ولا يسقط رد الثمن من البائع ، وعند الشافعي -رضي الله عنه- الإقالة فاسدة والثمن على حال ، وإذا كان الشرط المذكور باطلاً م: (**ويرد**) ش: أي البائع م: (**مثل الثمن الأول**) ش: الذي وقع العقد عليه .

م: (**والأصل**) ش: أي في هذا الباب م: (**أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين**) ش: في جميع الأحوال منقولاً كان المبيع أو غير منقول ، مقبوض أو غير مقبوض م: (**بيع جديد**) ش: أي الإقالة بيع م: (**في حق غيرهما**) ش: ولهذا تجب الشفعة للشفيع فيما إذا باع دارًا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع إلى ملك البائع ، ولو كانت الإقالة بيعًا لما جاز لكونه قبل القبض بل هي جديد في حق غيرهما م: (**إلا أنه لا يمكن جعله فسخًا فتبطل**) ش: أي الإقالة كما إذا ولدت المبيعة بعد القبض ولدًا فإن الزيادة المنفصلة تمنع فسخ العقد حقًا للشرع .

م: (**وهذا**) ش: أي المذكور كله م: (**عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف - رحمه الله - هو بيع**) ش: أي الإقالة بيع ، وإنما ذكر الضمير باعتبار المذكور أو بالنظر إلى أن لفظ الإقالة في الأصل مصدر م: (**إلا أنه لا يمكن جعله بيعًا**) ش: كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض م: (**فيجعل فسخًا ، إلا أنه لا يمكن**) ش: أي جعله فسخًا م: (**فتبطل**) ش: أي الإقالة كما إذا تقايل في العروض المبيعة بالدراهم بعد هلاكها ، أو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول ، لأن بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الأول وقد سميا ثمنًا آخر .

م: (**وعند محمد -رحمه الله - هو فسخ، إلا إذا تعذر جعله فسخًا**) ش: أي إلا إذا تعذر جعل عقد الإقالة فسخًا ، بأن تقايلا بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة أو تقايلا بعد القبض بخلاف جنس الثمن الأول م: (**فيجعل بيعًا إلا أنه لا يمكن**) ش: أي جعله بيعًا كما في صورة بيع العروض بالدراهم بعد هلاكها م: (**فتبطل**) ش: أي الإقالة ويبقى العقد على حاله .

وفي «الذخيرة» : هذا الخلاف بينهم فيما إذا حصل الفسخ بلفظ الإقالة ، أما إذا جعل بلفظ المفاسخة والمبادلة أو الرد فإنها لا تجعل بيعًا وإن أمكن أن تجعل بيعًا ، وفي «شرح الوجيز » : إذا كانت الإقالة بلفظ الإقالة فيه قولان فسخ أو بيع ، أما إذا قالا تفاسخنا فهو فسخ لا محالة ، وفي «شرح الأقطع» : وعن أبي حنيفة - رحمه الله -رواية أخرى أن الإقالة بيع بعد القبض وفسخ قبله .

لمحمد -رحمه الله- أن اللفظ للفسخ والرفع ، ومنه يقال أقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته ، وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ، ألا ترى أنه بيع في حق الثالث ، ولأبي يوسف أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي ، وهذا هو حد البيع ، ولهذا تبطل بهلاك السلعة وترد بالعيب وتثبت به الشفعة وهذه أحكام البيع . ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا، والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية ، ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند تعذره لأنه ضده ، واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان ، وكونه بيعاً في حق الثالث

وفي «شرح الطحاوي» : وروي عن أبي يوسف - رحمه الله - أنه قال : الإقالة بيع على كل حال حتى أنه أبطل الإقالة في المنقول قبل القبض لأنه لا يجوز بيعه م: (**لمحمد -رحمه الله - أن اللفظ**) ش: أي لفظ الإقالة م: (**للفسخ والرفع**) ش: يعني في اللغة م: (**ومنه يقال: أقلني عثرتي**) ش: أي ارفعها م: (**فيوفر عليه**) ش: أي على اللفظ م: (**قضيته**) ش: أي ما اقتضاه من موضوعه اللغوي.

م: (**وإذا تعذر**) ش: أي الفسخ م: (**يحمل على محتمله وهو البيع**) ش: بطريق المجاز ، ولهذا كانت بيعًا في حق الثالث ، وإنما يحمل على البيع صيانة لكلام العاقل عن الإلغاء، وقوله : م: (**ألا ترى**) ش: توضح لكون الإقالة بيعًا عند تعذر الفسخ بطريق المجاز وهو احتمال اللفظ إياه م: (**أنه**) ش: أي أن الإقالة م: (**بيع في حق الثالث**) ش: وهو الشفيع م: (**ولأبي يوسف أنه**) ش: أي أن الإقالة م: (**مبادلة المال بالمال بالتراضي وهذا**) ش: أي المذكور وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي م: (**هو حد البيع**) ش: وإن تلفظا بلفظ الإقالة لأن العبرة للمعاني لا للألفاظ ، ولهذا تجعل الكفالة بشرط براءة الأصل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون الإقالة مبادلة المال بالمال بالتراضي الذي هو حد البيع م: (**تبطل**) ش: أي الإقالة م: (**بهلاك السلعة وترد بالعيب**) ش: كما في البيع م: (**وتثبت به الشفعة ، وهذه أحكام البيع**) ش: فتكون الإقالة بيعًا إلا أن المنقول قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسدًا فحملت على الفسخ حملاً لكلامهما على الصحة .

م: (**ولأبي حنيفة -رحمه الله- أن اللفظ**) ش: أي لفظ الإقالة م: (**ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا**) ش: أشار به إلى قوله : إن اللفظ للفسخ والرفع م: (**والأصل إعمال الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية**) ش: فإذا تعذر صير إلى المجاز إن أمكن وإلا بطل م: (**ولا يحتمل**) ش: أي الإقالة م: (**ابتداء العقد ليحمل عليه**) ش: أي على العقد مجازًا م: (**عند تعذره لأنه**) ش: أي لأن العقد م: (**ضده**) ش: أي ضد الرفع م: (**واللفظ لا يحتمل ضده**) ش: واستعارة أحد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه ، فإذا كان كذلك م: (**فتعين البطلان**) ش: أي بطلان الإقالة .

م: (**وكونه بيعًا في حق الثالث**) ش: جواب عما يقال : الإقالة بيع جديد في حق الثالث، ولو

أمر ضروري ؛ لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة ، إذ لا ولاية لهما على غيرهما ، إذا ثبت هذا نقول : إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول ، لتعذر الفسخ على الزيادة ؛ إذ رفع ما لم يكن ثابتاً محال فيبطل الشرط ؛ لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع ، لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا ، أما لا يمكن إثباتها في الرفع ،

لم يحتمل البيع لم يكن ذلك ، تقرير الجواب أن كون الإقالة بيعًا في حق الثالث الذي هو الشفيع م: (**أمر ضروري**) ش: يعني ثبوته بيعًا بطريق الضرورة ، والمحكم لا باعتبار اللفظ وليس بطريق المجاز إذ الثابت بالمجاز ثابت تقتضيه الصيغة ، وهذا ليس كذلك م: (**لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك**) ش: للبائع ببدل ظهر موجبه في حق ثالث دونهما لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد ، فإذا كان كذلك اعتبر الحكم في الثالث لا الصيغة يعني لا تعتبر الصيغة وهو معنى قوله : م: (**لا مقتضى الصيغة**) ش: لأن البيع وضع لإثبات الملك قصداً وزوال الملك من ضروراته والإقالة وضعت لإزالة الملك وإبطاله وثبوت الملك من ضروراته فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما كان لصاحبه كما ثبت في المبايعة فاعتبر موجب الصيغة في حق المتعاقدين ، لأن لهما ولاية على أنفسهما ، واعتبر الحكم في حق غيرهما ، ولا ولاية لهما في حق غيرهما وهو معنى قوله : م: (**إذ لا ولاية لهما**) ش: أي للمتعاقدين م: (**على غيرهما**) ش: بأن يجعلا هذا المبيع فسخًا في حق غيرهما ، لكون الفسخ إضرارًا في حق الغير ، وجواب المصنف - رحمه الله - في الحقيقة . . . إلخ .

وقال الأكمل - رحمه الله - : وجواب إخوان المدعي أن كون الإقالة بيعًا جديداً في حق ثالث ليس مقتضى الصيغة .

لأن كونها فسخًا مقتضاها فلو كان كونهابيعًا كذلك لزم الجمع بين الحقيقة والمجاز م: (**إذا ثبت هذا**) ش: أي ما ذكر من الأصل م: (**نقول : إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول**) ش: الذي وقع عليه العقد م: (**لتعذر الفسخ على الزيادة**) ش: لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله ، والفسخ على الزيادة ليس كذلك م: (**إذ رفع ما لم يكن ثابتًا محال فيبطل الشرط**) ش: والإقالة لا تبطل م: (**لأن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع**) ش: حيث يبطل بالشروط الفاسدة م: (**لأن الزيادة يمكن إثباتها في العقد فيتحقق الربا**) ش: لأن في الشرط شبهة الربا .

لأن فيه منفعة لأحد المتعاقدين وهو مستحق بعقد المعاوضة خال عن العوض .

م: (**أما لا يمكن إثباتها**) ش: أي إثبات الزيادة م: (**في الرفع**) ش: أي في رفع العقد لأن الإقالة تشبه البيع من حيث المعنى فكان الشرط الفاسد فيها شبهة الشبهة ، فلا يؤثر في صحة الإقالة كما لا يؤثر في صحة البيع بخلاف البيع لأن الزيادة فيه إثبات ما لم يكن بالعقد فيتحقق الربا .

وكذا إذا شرط الأقل لما بيناه ، إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل ؛ لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب . وعندهما في شرط الزيادة يكون بيعاً ، لأن الأصل هو البيع ، عند أبي يوسف ، وعند محمد جَعْلُه بيعاً ممكنٌ ، فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع ، وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف -رحمه الله - ؛ لأنه هو الأصل عنده ، وعند محمد -رحمه الله - هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول ،ولو سكت عن الكل وأقال يكون فسخاً، فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد ، وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه . ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة -رحمه الله - ويجعل التسمية لغواً ، وعندهما بيع لما بينا ،ولو ولدت المبيعة ولداً ثم

م: (**وكذا إذا شرط الأقل**) ش: أي من الثمن الأول م: (**لما بيناه**) ش: من قوله : إذ رفع ما لم يكن ثابتًا محال، وقال الأترازي - رحمه الله - : إشارة إلى قوله: لتعذر الفسخ م: (**إلا أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل ؛لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب**) ش: وقال تاج الشريعة -رحمه الله - : هذا إذا كانت حصة العيب مقدار المحطوط أو زائدًا أو أنقص بقدر ما يتغابن الناس فيه م: (**وعندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (**في شرط الزيادة يكون بيعًا ؛ لأن الأصل هو البيع عند أبي يوسف ، وعند محمد جَعْلُه بيعًا ممكنٌ**) ش: يعني وإن كانت الإقالة عنده فسخًا، لكنها في الزيادة غير ممكن، وجعله بيعًا ممكن م: (**فإذا زاد كان قاصداً بهذا البيع**) ش: لأن في الزيادة تعذر العمل بالحقيقة فيصار إلى المجاز صونًا لكلام العاقل عن الإلغاء، ولا فرق عند أبي يوسف -رحمه الله- في الزيادة والنقصان ، لأن الأصل عنده هو البيع ، وعند محمد - رحمه الله - هو الفسخ .

م: (**وكذا في شرط الأقل عند أبي يوسف -رحمه الله -**) ش: أي بيع عنده م: (**لأنه**) ش: أي لأن البيع م: (**هو الأصل عنده ، وعند محمد -رحمه الله - هو فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول ، ولو سكت عن الكل**) ش: أي عن جميع الثمن م: (**وأقال يكون فسخًا ، فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد**) ش: حيث يجعل بيعًا عند محمد -رحمه الله- واعترض بأن كونه فسخًا إذا سكت عن كل الثمن إما أن يكون على مذهبه خاصة أو على الاتفاق والأول رد المختلف على المختلف، والثاني غير ناهض ، لأن أبا يوسف -رحمه الله - إنما يجعله فسخًا لامتناع جعله بيعًا لانتفاء ذكر الثمن بخلاف صورة النقصان، **فإن فيها ما يصلح ثمنًا**.

م: (**وإذا دخله عيب فهو فسخ بالأقل لما بيناه**) ش: أن الحط يجعل بإزاء ما فاته بالعيب م: (**ولو أقال بغير جنس الثمن الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة -رحمه الله- ويجعل التسمية لغواً، وعندهما بيع لما بينا**) ش: يعني وجه كل واحد منهمافي فضل الزيادة م: (**ولو ولدت المبيعة ولدًا ثم**

تقايلا فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ ، وعندهما تكون بيعاً ، والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - وكذا عند أبي يوسف -رحمه الله - في المنقول لتعذر البيع ، وفي العقار يكون بيعاً عنده لإمكان البيع فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده ، قال : وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع عنها ؛ لأن رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن ، فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه ، وإن تقايضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما ، ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقياً ، والله أعلم بالصواب .

تقايلا فالإقالة باطلة عنده) ش: يعني عند أبي حنيفة -رحمه الله- م: **(لأن الولد مانع من الفسخ)** ش: لأجل الزيادة م: **(وعندهما يكون بيعًا)** ش: وحاصله ما ذكره في« الذخيرة» أن الجارية إذا ولدت ثم تقايلا فإن كان قبل القبض صحت الإقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والأرش والعقر ، لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة ، والزيادة بعد القبض إن كانت منفصلة فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة -رحمه الله - لأنه لا يصححها إلا فسخًا ، وقد تعذر حقًا للشرع ، وإن كانت متصلة فهي صحيحة عنده لأن المتصلة لا تمنع الفسخ عنده متى وجد برضا من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها وقد وجد الرضا لما تقايلا فأمكن تصحيحها فسخًا عنده .

م: **(والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله -، وكذا عند أبي يوسف - رحمه الله - في المنقول لتعذر البيع)** ش: وذلك أن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز بالإجماع ، وبيع العقار قبل القبض يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - م: **(وفي العقار يكون بيعًا عنده)** ش: أي عند أبي يوسف -رحمه الله- م: **(لإمكان البيع ، فإن بيع العقار قبل القبض جائز عنده)** ش: أي عند أبي يوسف -رحمه الله- .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(وهلاك الثمن لا يمنع صحة الإقالة وهلاك المبيع يمنع عنها)** ش: أي صحة الإقالة م: **(لأن رفع البيع يستدعي قيامه)** ش: أو قيام البيع م: **(وهو)** ش: أي قيام البيع م: **(قائم بالمبيع دون الثمن)** ش: لأن الأصل هو المبيع ولهذا شرط وجوده عند البيع بخلاف الثمن فإنه بمنزلة الوصف ، ولهذا جاز العقد وإن لم يكن موجوداً م: **(فإن هلك بعض المبيع جازت الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه ، وإن تقايضا)** ش: أي لو عقدا عقد المقايضة وهي بيع عوض بعوض مأخوذ من قولهم هما قيضان أي مثلان م: **(تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما)** ش: أي أحد العوضين م: **(ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقيًا ، والله أعلم بالصواب)** ش: لأن الأصل وجود المبيع .

....

فإن قيل: ما الفرق بين التقايض والتصارف فإن هلاك البدلين في الصرف غير مانع من الإقالة ، وفي التقايض مانع مع أن في كل منهما لكل واحد من البدلين حكم المبيع ، إذ ليس أحدهما أولى من الآخر في جعله مبيعًا أو ثمنًا .

قلنا: الفرق أن في التصارف لا يلزمه رد المقبوض بعد الإقالة وله الخيار إن شاء رده وإن شاء رد مثله ، فلا يكون هلاك المقبوض مانعًا لصحة الإقالة ، وإن كان في العوضين جميعًا لأن الإقالة لا تتعلق بأعيانهما لو كانا قائمين فصار هلاكهما كقيامهما ، بخلاف المقايضة لأنهما متى كانا قائمين فتعلق الإقالة بأعيانهما وبهلاكهما لم يبق شيء من المعقود عليه ، وشرط قيامه في البيع والإقالة كذا في «المبسوط» .

* * *

باب المرابحة والتولية

قال : المرابحة : نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح ، والتولية : نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح ،

م: **(باب المرابحة والتولية)**

ش: أي هذا باب في بيان أحكام المرابحة والتولية ، ولما ذكر أنواع البيوع التي ترجع إلى جانب المبيع ، شرع في بيان أنواع البيوع التي ترجع أحكامها إلى جانب الثمن من المرابحة والتولية والربا والصرف والبيع بالنسيئة وتقديم الأول على الثاني لأصالة المبيع دون الثمن .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(المرابحة : نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع زيادة ربح)** ش: هذا تعريف المرابحة وهو مصدر رائج من باب المفاعلة الذي يستدعي مشاركة الاثنين ، قوله : ما ملكه وفي بعض النسخ ما تملكه من باب التفعل م: **(والتولية : نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من غير زيادة ربح)** ش: التولية مصدر وفي غيره أي جعله واليًا . هذا بحسب اللغة وأما بحسب اصطلاح الشرع فهو الذي ذكره وفي كل منهما اعتراض .

أما تعريف المرابحة : فغير مطرد ولا منعكس ، أما الأول : فلأنه من اشترى دنانير بالدراهم لا يجوز بيع الدنانير مرابحة مع صدق التعريف عليه ، وأما الثاني : فلأن المغصوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب جاز بيعه للغاصب مرابحة ، والتعريف ليس بصادق عليه لأنه لا عقد فيه .

ولأنه مشتمل على إبهام يجب عنه خلو التعريف ، وذلك لأن قوله : بالثمن الأول إما أن يراد به عين الثمن الأول أو مثله لا سبيل إلى الأول لأن عين الثمن الأول صار ملكًا للبائع الأول ، فلا يكون مرادًا في البيع الثاني ، ولا إلى الثاني ، لأنه لا يخلو إما أن يراد المثل من حيث الجنس أو المقدار ، والأول ليس بشرط لما ذكر في «الإيضاح» و«المحيط» أنه إذا باعه مرابحة ، فإن كان ما اشتراه بدله مثلاً جاز جعل الربح من جنس رأس المال للدراهم من الدراهم أو من غير الدراهم من الدنانير أو على العكس ، إذا كان معلومًا يجوز به الشراء لأن الكل ثمن .

والثاني : يقتضي أن لا يضم إلى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطراز وغيرها بأنها ليست بثمن في العقد الأول على أن الثمن ليس بشرطه في المرابحة أصلاً ، فإنه لو ملك ثوبًا بهبته أو وصبه فقومه ثم باعه مرابحة على ملك والقيمة جاز ، والمسألة في «المبسوط» .

قيل : فعلى هذا الأولى أن يقال : نقل ما ملكه من السلع بما قام عنده ، والجواب عن الأول : أنا لا نسلم صدق التعريف عليه ، فإنه إذا لم يجز البيع لا يصدق عليه النقل ، وعن الثاني : بأن المراد بالعقد أعم من أن يكون ابتداء أو انتهاء ، وإذا قضى بالقيمة عاد ذلك عقدًا حتى لا يقدر

والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع ؛ لأن الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي ، ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ، ولهذا كان مبناهما على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها ، وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين ، فقال له النبي ﷺ : «ولني أحدهما» فقال : هو لك بغير شيء ، فقال عليه السلام: « أما بغير ثمن فلا ».

المالك على رد القيمة وأخذ المغصوب ، والمراد به بالمثل هو المثل في المقدار ، والعادة جرت بإلحاق ما يزيد في البيع أو قيمته إلى رأس المال كان من جملة الثمن الأول عادة ، وإذا لم يكن الثمن نفسه مرادًا يجعل مجازًا عما قام عنده من غير خيانة فيدخل فيه مسألة «المبسوط» .

وإنما عبر عنه بالثمن لكونه العادة الغالبة في المرابحات فيكون من باب ترك الحقيقة للعادة ، وأما تعريف التولية فإنه يرد عليه ما كان يرد على المرابحة من حيث لفظ العقد والثمن الأول والجواب .

م: **(والبيعان)** ش: أي بيع المرابحة وبيع التولية م: **(جائزان لاستجماع شرائط الجواز)** ش: لأن المبيع معلوم والثمن معلوم والناس يعاملون بهما من غير نكير ، وتعامل الناس من غير نكير حجة لقوله ﷺ : « ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن»[1] م: **(والحاجة ماسة إلى هذا النوع من البيع لأن الغبِّي)** ش: بفتح الغين المعجمة وكسر الباء الموحدة وتشديد الياء ، هو الذي يخفى عليه الأمور ، ويقال : هو قليل الفطنة وهو على وزن فعيل من السواء .

وقال الجوهري - رحمه الله - : يقول غبيت عن الشيء وغبيته أيضًا أغبى غباوة إذا لم يفطن له وغبي على الشيء غبيًا كذلك إذا لم تعرفه ، ووصف المصنف - رحمه الله- المعنى بقوله : م: **(الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج إلى أن يعتمد على فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح)** ش: نقدًا بأمانته واعتمادًا على بصيرته م: **(فوجب القول بجوازهما ، ولهذا)** ش: أي ولأجل ذلك م: **(كان مبناهما)** ش: أي مبنى المرابحة والتولية م: **(على الأمانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها)** ش: أي وعن شبهة الخيانة حتى إذا اشترى شيئًا مؤجلاً ليس له أن يبيعه مرابحة إلا إذا بين الأجل م: **(وقد صح أن النبي ﷺ لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين ، فقال له النبي ﷺ : «ولني أحدهما» ، فقال : هو لك بغير شيء ، فقال عليه السلام : أما بغير ثمن فلا)** ش: هذا غريب فلذلك قال الأكمل - رحمه الله - : وقد صح التولية من النبي ﷺ كما ذكره في الكتاب ولم يزد عليه شيئًا .

وحديث أبي بكر -رضي الله عنه - في البخاري عن الزهري عن عروة عن عائشة-

---

(١) موضوع : تقدم تخريجه .

قال : ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل ؛ لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ، ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف جاز ؛ لأنه يقدر على الوفاء بما التزم ، وإن باعه بربح ده يازده لا يجوز ؛ لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال .

رضي الله عنها - وفيه أن أبا بكر قال للنبي ﷺ : خذ بأبي أنت وأمي يا رسول الله راحلتي هاتين فقال ﷺ : بالثمن . الحديث ليس فيه غير ذلك أخرجه في مكرمة الخلق .

ورواه أحمد -رحمه الله- في مسنده ولفظه : فأعطى أبو بكر -رضي الله عنه- إحدى الراحلتين ، فقال : خذها يا رسول الله ﷺ فاركبها ، وقال ﷺ : **«أخذتها بالثمن»** الحديث .

وفي «الطبقات لابن سعد» ، وكان أبو بكر -رضي الله عنه- قد اشتراها بثمانمائة درهم من نعم بني قسر ، فأخذ إحداهما وهي القصواء .

م: (قال) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: **(ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض** أي الثمن م: **(مما له مثل ؛ لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة)** ش: تعرف بالحرز والظن ، فيتمكن فيه شبهة الخيانة فيحترز عنها كما يحترز عن حقيقة الخيانة إذ مبنى المرابحة على الأمانة ، ولهذا لو اشترى عبدين أو ثوبين بثمن مؤجل فباع أحدهما مرابحة بحصة من الثمن أو بغير بيان الأجل لا يجوز عندنا .

وقال الشافعي - رضي الله عنه - : يجوز إن قسط الثمن على القيمة وأخبر بما يخصه م: **(ولو كان المشتري باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل)** ش: قوله : مرابحة نصب على التمييز ، وقوله : ممن يملك ذلك البدل خبر كان ، صورته رجل باع عبداً بثوب وملك ذلك الثوب غيره من البائع بسبب من الأسباب .

وذلك الغير الذي في يده الثوب يشتري هذا العبد بذلك الثوب ويربح درهم ، جاز وهو معنى قوله م: **(وقد باعه بربح درهم أو بشيء من المكيل موصوف جاز ؛ لأنه يقدر على الوفاء بما التزم ، وإن باعه بربح ده يازده)** ش: أي بربح درهم على عشرة دراهم ، وإن كان الثمن عشرين كان الربح بزيادة درهمين .

وإن كان ثلاثين فثلاثة ولفظ «ده» بفتح الدال وسكون الهاء وهو اسم العشرة بالفارسية ويازده بالياء آخر الحروف ، وسكون الزاي ، وده مثل الأول وهو اسم أحد عشر بالفارسية . قال في هذه الصورة : م: **(لا يجوز لأنه باعه برأس المال وببعض قيمته ، لأنه ليس من ذوات الأمثال)** ش: فصار البائع بائعًا بذلك الثمن القيمي كالثوب مثلاً أو بجزء من أحد عشر جزء من الثوب ، والجزء

ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ ، والفتل وأجرة حمل الطعام ؛ لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار ، ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به ، هذا هو الأصل ، وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد في العين والحمل يزيد في القيمة ، إذ القيمة تختلف باختلاف المكان .ويقول : قام علي بكذا ، ولا يقول : اشتريته بكذا كيلا يكون كاذباً ، وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجرة الراعي ، وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد في العين والمعنى ،

الحادي عشر لا يعرف إلا بالقيمة وهي مجهولة فلا يجوز م: **(ويجوز أن يضيف إلى رأس المال أجرة القصار والطراز والصبغ)** ش: والطراز بكسر الطاء وتخفيف الراء وهو علم بالثوب قاله في «المغرب».

م: **(والفتل)** ش: من فتلت الحبل وغيره م: **(وأجرة حمل الطعام ؛ لأن العرف جار بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار، ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به، هذا هو الأصل وما عددناه بهذه الصفة ؛ لأن الصبغ وأخواته يزيد في العين ، والحمل يزيد في القيمة ، إذ القيمة تختلف باختلاف المكان)** ش: بحسب قرب المسافة وبعدها، وفي «شرح الطحاوي» : وبعض مشايخنا - رحمهم الله - أصَّل في ذلك أصلاً، فقال: كل ما يؤثر في المعقود عليه ، فإن بدله يلحق برأس المال، وكل ما لا يؤثر في العين ، فإنه لا يلحق برأس المال .

إلا أن هذا الأصح لا يصح ، فإن الكبري وأجرة الثمار وسابق الغنم تضم ولا تؤثر في العين، وفي «الإيضاح» والمعنى الذي اعتمد عليه من اعتبار عادة التجار تعم المواضع كلها م: **(ويقول : قام علي بكذا ، ولا يقول : اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبًا)** ش: هذا لفظ القدوري -رحمه الله- يعني في كل موضع يجوز له أن يضم إلى رأس المال بقوله : قام علي بكذا ، ولأنه صدق لا يقول : اشتريته بكذا لأنه كذب وهو حرام ، وهذا بخلاف ما إذا اشترى متاعًا ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز، وهي مسألة الأصل حيث لا يقول : قام علي بكذا ولا اشتريته بكذا لأنه كذب، وإنما يقول: رقمه كذا وكذا فأنا أبيعه مرابحة على كذا ، وقال محمد - رحمه الله- في الأصل : وكذلك لو كان أصله ميراثًا أو هبة أو صدقة فقومه قيمة ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزًا ، ورَقَمَ الثوبَ وشاه رقمًا ، والتاجر يرقم الثياب أي يعلم بها بأن ثمنها كذا ومنه لايجوز بيع الشيء برقمه كذا في« المغرب».

م: **(وسوق الغنم بمنزلة الحمل)** ش: يعني في جواز ضم ما أنفق على الغنم في سياقها كما له أن يضم أجرة الحمل م: **(بخلاف أجرة الراعي)** ش: حيث لا يجوز ضمه م: **(وكراء بيت الحفظ لأنه)** ش: أي لأن أجرة الراعي ، وكذا كراء بيت الحفظ م: **(لا يزيد في العين)** ش: وهو ظاهر م: **(والمعنى)** ش:

وبخلاف أجرة التعليم لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته . فإن اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار ، عند أبي حنيفة - رحمه الله- إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه ، وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف -رحمه الله - : يحط فيهما،

أي ولا يزيد في المعنى وهو القيمة والمالية م: **(وبخلاف أجرة التعليم)** ش: وهو عطف على قوله : بخلاف أجرة الراعي م: **(لأن ثبوت الزيادة لمعنى فيه)** ش: أي في المتعلم م: **(وهو حذاقته)** ش: أي ذكاء ذهنه . وفي «المبسوط» : أنفق على عبده في تعلم الدراهم لا يلحقها برأس المال لأنه ليس فيه عرف ، وكذلك في تعلم الشعر والغناء والعربية وتعلم القرآن والحساب حتى لو كان في شيء من ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال ، وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار والراعي وجعل الآبق والختان والحجام لعدم العرف وفي «التحفة» ، وأما أجرة السمسار في ظاهر الرواية ملحق برأس المال وفي البرامكة قال: لا يلحق .

وقال الكرخي -رحمه الله - في «مختصره» : وكذلك إذا كان مضار بما أنفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم ، وما لابد لهم منه إذا كان ما أنفق من ذلك بالمعروف ، فإن كان أسرف لم يضم الفضل وضم ما بقي ولا يضم ما أنفق على نفسه في سفره في كسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ، ولا يضم أيضًا ما أنفق على مرض الرقيق في أجرة طبيب أو حجام أو دواء .

وقيل: أجرة الدلال لا تضم ، وكذا المساح الذي يؤجر في الطريق إلا إذا جرت عادة التجار ، وكذا لا يضم كل ما جاوز القوت من الطعام والإمام ، وإلا أجرة الكيال في الطعام ونحوه ، ويلحق به ثمن علف الدواب وأجرة التجصيص والتطيين وحفر البئر في الدار والقناة في الأرض ونفقة الكراب وكسح الكروم وسقي الزرع والكروم ما بقيت ، فإذا ذهبت لم يحسب شيء منه ، وأجرة لقاط التمر والسلاح والملاح ونحوها ، فإن أنفق على الغنم وأصاب من أصوافها وألبانها يضم ما فضل من قيمتها من الصوف واللبن وكذا الدجاجة إذا باضت .

وفي« تتمة الشافعية» : يدخل المسكن الذي يأخذه السلطانم: **(فإن اطلع المشتري على خيانة)** ش: وفي «التحفة» ظهور الخيانة إما بإقرار البائع أو بالبينة أو بالنكول عن اليمين وكذا في «تتمة الشافعية» م: **(في المرابحة فهو بالخيار عند أبي حنيفة -رحمه الله- إن شاء أخذه بجميع الثمن ، وإن شاء تركه)** ش: وبه قال الشافعي -رضي الله عنه- في قوله : م: **(وإن اطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن)** ش: أي أسقط الخيانة أي قدرها .

م: **(وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يحط فيهما)** ش: أي يحط قدر الخيانة في المرابحة والتولية جميعًا ، وبه قال الشافعي - رضي الله عنه - في قول ، وأحمد -رحمه الله- وابن أبي ليلى - رحمه الله - ، وحكى أبو حامد المروزي قولاً آخر عن الشافعي -رضي الله عنه- أن البيع لا يصح .

وقال محمد - رحمه الله -: يخير فيهما . لمحمد-رحمه الله - أن الاعتبار للتسمية لكونه معلومًا، والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفًا مرغوبًا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ، ولأبي يوسف - رحمه الله- أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ، ولهذا ينعقد بقوله : وليتك بالثمن الأول ، أو بعتك مرابحة على الثمن الأول ، إذا كان ذلك معلومًا فلابد من البناء على الأول وذلك بالحط ، غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال ، وفي المرابحة منه ومن الربح ، ولأبي حنيفة ـ رحمه الله ـ أنه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فتعين الحط ، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة ،

وقيل: هو مذهب مالك -رحمه الله- م: **(وقال محمد -رحمه الله- يخير فيهما)** ش: يعني له الخيار، إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء تركه وبه قال الشافعي -رضي الله عنه- في قول م: **(لمحمد -رحمه الله- أن الاعتبار للتسمية)** ش: لتعلق العقد بالتسمية م: **(لكونه)** ش: أي لكون التسمية م: **(معلومًا)** ش: لأنه بحسب أن يكون الثمن معلومًا والعلم يحصل بالتسمية م: **(والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون)** ش: أي ذكر التولية والمرابحة م: **(وصفًا مرغوبًا فيه كوصف السلامة)** ش: أي كوصف سلامة المبيع .

فإذا فات الوصف المرغوب فيه بظهور الخيانة كان بمنزلة العيب م: **(فيتخير بفواته)** ش: كما لو وجد المبيع معيبًا م: **(ولأبي يوسف -رحمه الله - أن الأصل فيه)** ش: أي في لفظ المرابحة والتولية م: **(كونه)** ش: أي كون المعقد م: **(تولية ومرابحة)** ش: لا التسمية م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل كون العقد تولية ومرابحة م: **(ينعقد)** ش: أي المعقد م: **(بقوله : وليتك بالثمن الأول ، أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك)** ش: أي الثمن م: **(معلومًا)** ش: واقتصر هو على التسمية صح العقد والتسمية كالتفسير م: **(فلابد من البناء على الأول)** ش: أي فلابد من بناء العقد الثاني في حق الثمن على العقد الأول ، إذ الثاني في حكم الأول ، وقدر الخيانة لم يكن ثابتًا في العقد الأول فلا يمكن إثباته في العقد الثاني، فيحط ضرورة وهو معنى قوله: م: **(وذلك بالحط)** ش: أي بحط شيء من الثمن وهو مجهول فبينه بقوله : م: **(غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس المال)** ش: وهو ظاهر .

م: **(وفي المرابحة منه)** ش: أي ويحط في المرابحة من رأس المال م: **(ومن الربح)** ش: حتى لو باع ثوبًا بعشرة على ربح خمسة فظهر أن الثمن كان ثمانية ، يحط قدر الخيانة وهو درهمان من الأصل وما قابله من الربح وهو درهم ، فيأخذ الثوب باثني عشر درهمًا لأن هذا ربح على الكل، فظهرت الخيانة في الكل، فيظهر الأثر في الربح أيضًا .

م: **(ولأبي حنيفة أنه لو لم يحط في التولية لا يبقى)** ش: أي العقد م: **(تولية لأنه يزيد على الثمن الأول)** ش: لكن لا يجوز أن لا يبقى تولية م: **(فتغير التصرف)** ش: حينئذ فلا يجوز فإذا كان كذلك م: **(فتعين الحط ، وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة)** ش: كما كانت من غير تغير التصرف، لكن

وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف ، فأمكن القول بالتخيير ، فلو هلك قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة ، لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن ، كخيار الشرط والرؤية بخلاف خيار العيب ؛ لأنه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه . قال : ومن اشترى ثوبًا فباعه بربح ثم اشتراه ، فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك ، فإن كان استغرق الثمن لم يبعه مرابحة ، وهذا عند أبي حنيفة ، وقالا : يبيعه مرابحة على الثمن الأخير .

يتفاوت الربح م: (**وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فأمكن القول بالتخيير**) ش: لفوات الرضا م: (**فلو هلك**) ش: أي المبيع م: (**قبل أن يرده أو حدث فيه ما يمنع الفسخ**) ش: عند ظهور الخيانة م: (**يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة**) ش: احترز به عما روي عن محمد -رحمه الله - في غير رواية الأصول، أنه يفسخ البيع على القيمة ، إن كانت أقل من الثمن حتى يندفع الضرر عن المشتري بناء على حاصله في مسألة التحالف بعد هلاك السلعة ، إنه يفسخ بعد التحالف دفعًا للضرر عن المشتري ويرد القيمة ويسترد الثمن كذا ههنا .

وقال الإمام التمرتاشي -رحمه الله- : من قال بالحط لو هلك المبيع أو استهلكه أو انتقض فله الحط ، وبه قال الشافعي -رضي الله عنه- قولاً واحدًا أو إنما القولان له فيما إذا كانت السلعة قائمة ، ومن قال بالفسخ إذا امتنع لزمه جميع الثمن.

وفي «الكافي» : لو هلك المبيع قبل أن يرده أو حدث به ما يمنع الفسخ عند ظهور الخيانة لزمه جميع الثمن وسقط خياره عند أبي حنيفة -رضي الله عنه-، وهو المشهور من قول محمد - رحمه الله - م: (**لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الشرط والرؤية**) ش: وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره فيسقط خياره م: (**بخلاف خيار العيب**) ش: بحيث لا يجب كل الثمن بل ينقص منه مقدار العيب لأجل العيب م: (**لأنه**) ش: أي لأن خيار العيب م: (**مطالبة بتسليم الفائت**) ش: أي الجزء الفائت م: (**فيسقط ما يقابله**) ش: أي ما يقابل العيب من الثمن م: (**عند عجزه**) ش: أي عجز المشتري عن تسليمه بهلاك المبيع أو بحدوث ما يمنع الفسخ .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**ومن اشترى ثوبًا فباعه بربح ثم اشتراه فإن باعه مرابحة طرح**) ش: أي طرح البائع الأول وهو المشتري الثاني م: (**عنه**) ش: أي عن ثمن ما اشترى م: (**كل ربح كان قبل ذلك**) ش: أي قبل الربح الذي حصل في العقد الثاني م: (**فإن كان**) ش: أي في الربح م: (**استغرق الثمن لم يبعه مرابحة ، وهذا عند أبي حنيفة**) ش: وبه قال أحمد - رحمه الله - .

م: (**وقالا : يبيعه مرابحة على الثمن الأخير**) ش: في الفصلين، وبه قال الشافعي ومالك -

صورته إذا اشترى ثوبًا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة ، فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول : قام علي بخمسة ، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً ، وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين . لهما أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث . ولأبي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة لأنه يتأكد به بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب ،

رحمهما الله- م: (صورته) ش: ما ذكره محمد -رحمه الله- من المسألة م: **(إذا اشترى ثوبًا بعشرة فباعه بخمسة عشر)** ش: توضيحه رجل اشترى ثوبًا بعشرة دراهم وقبض ثم باعه من غيره بخمسة عشر وسلم المبيع وانتقد الثمن م: **(ثم اشتراه بعشرة، فإنه يبيعه مرابحة بخمسة)** ش: عن الثمن الثاني الذي ربح وهو خمسة ، فيبيعه مرابحة على خمسة عند أبي حنيفة -رضي الله عنه- .

م: **(ويقول : قام علي بخمسة)** ش: ولا يقول : اشتريته بخمسة لئلا يصير كاذبًا م: **(ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة ، ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلاً)** ش: عند أبي حنيفة -رحمه الله- يعني لا يبيعه مرابحة من غير بيان ، بل يبيعه مساومة لأنه إذا حط عنه الربح لا يبقى الثمن م: **(وعندهما)** ش: أي عند أبي يوسف ، ومحمد -رحمهما الله- م: **(يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين)** ش: أي في الفصل الأول والثاني م: **(لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله .

م: **(أن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول)** ش: وفي «المبسوط» : إنه شراء مستقل فلا يدخل فيه ما قبله من ربح أو وضيعة وكل ما هو كذلك م: **(فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا تخلل ثالث)** ش: بأن اشترى من مشتريه ، توضيحه باعه بعشرين ثم باعه المشتري إلى ثالث ، ثم اشتراه البائع الأول بعشرة تجوز المرابحة بعشرة .

م: **(ولأبي حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة)** ش: يعني أن الربح الثاني الذي استفاده بالعقد كان على شرف السقوط بأن يرد بعيب ، فإذا اشتراه من المشتري تأكد وهو معنى قوله: م: **(لأنه يتأكد به)** ش: أي لأن الربح الذي كان على شرف السقوط يتأكد به ، أي بالعقد الثاني م: **(بعدما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب)** ش: وللتأكيد في بعض المواضع حكم الإيجاب ، كما في شهود الطلاق قبل الدخول، إذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكد ما كان على شرف السقوط لاحتمال أنه يسقط بتقبيل ابن الزوج أو بالارتداد .

فإذا اعتبرنا التأكيد يصير البائع في مسألتنا مشتريًا بالعقد الثاني ثوبًا وخمسة دراهم بالعشرة، فيكون الخمسة بإزاء الخمسة ويبقى الثوب بالخمسة ، ويبيعه مرابحة على خمسة احترازًا عن شبهة الخيانة فإنها لحقيقتها، وهو معنى قوله :

والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطًا ، ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح بشبهة الحطيطة ، فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبًا بعشرة ، فيطرح خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث ؛ لأن التأكد حصل بغيره . قال : وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبًا بعشرة ، وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة على عشرة ، وكذلك إن كان المولى اشتراه فباعه من العبد ؛ لأن في هذا العقد شبهة العدم ، لجوازه مع المنافي ، فاعتبر عدمًا

م: (والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطًا) ش: أي لأجل الاحتياط م: (ولهذا) ش: أي ولأجل ذلك م: (لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح) ش: صورة الصلح ادعى على رجل ألف درهم فصالحه على ثوب أو عبد، فإنه لا يبيعها مرابحة على ألف لأن الصلح بناه على التجوز والحطيطة، ولو وجد الحط حقيقة ما جاز المبيع مرابحة فكذا م: (بشبهة الحطيطة) ش: وهي ما يحط من ثمن السلعة م: (فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبًا بعشرة فيطرح خمسة) ش: يعني إذا كان شبهة حصول الربح ثابتة ، يصير كأنه اشترى بالعقد الثاني خمسة دراهم وثوبًا بعشرة ، فالخمسة بإزاء الخمسة ، والثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة ، وعورض بأنه لو كان كذلك لما جاز الشراء بعشرة فيما إذا باعه بعشرين ، لأنه يصير في الشراء الثاني كأنه اشترى ثوبًا وعشرة بعشرة فكان ثمنه شبهة الربا وهو حصول الثوب بلا عوض .

وأجيب : بأن التأكيد له شبهة الإيجاب في حق العباد واحترازًا عن الخيانة لا في حق الشرع، وشرعية جواز المرابحة لمعنى راجع إلى العباد فيؤثر التأكيد في المرابحة ، وأما جواز البيع وعدمه في شبهة الربا فحق الشرع فلا يكون التأكيد فيه شبهة الإيجاب، كذا نقل من «فوائد الإمام العلامة حميد الدين» -رحمه الله- م: (بخلاف ما إذا تخلل ثالث) ش: أي بينهما م: (لأن التأكيد) ش: أي تأكيد الربح م: (حصل بغيره) ش: وهو الثالث فلم يستفد ربح المشتري الأول بالشراء الثاني ، فانتفت الشبهة .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبًا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته) ش: أي والحال أنه مديون بدين يحيط برقبته، وفي «النهاية» إنما قيد به لأنه لو لم يكن على العبد دين وباع من المولى لم يصح، لأن هذا البيع لا يفيد للمولى شيئًا لم يكن له قبل البيع لا يملك الرقبة ولا يملك التصرف م: (فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه) ش: أي فإن المولى م: (يبيعه مرابحة على عشرة ، وكذلك إن كان المولى) ش: هو العقد الذي م: (اشتراه فباعه من العبد) ش: بخمسة عشر، باعه العبد مرابحة على عشرة م: (لأن في هذا العقد) ش: أي بيع العبد من المولى وعكسه م: (شبهة العدم) ش: أي شبهة عدم الجواز لا حقيقة عدم الجواز م: (لجوازه مع المنافي) ش: أي لجواز العقد ، لقيام الدين مع وجود المنافي للجواز وهو كون العبد ملكًا للمولى فصار كأنه باع ملك نفسه من نفسه وكذا في الشراء م: (فاعتبر عدمًا) ش: أي فاعتبر

في حكم المرابحة وبقي الاعتبار للأول ، فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول، وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني ، فيعتبر الثمن الأول . قال : وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف ، فاشترى ثوبًا بعشرة ، وباعه من رب المال بخمسة عشر ، فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف ؛

العقد كأن لم يكن م: (**في حكم المرابحة**) ش: لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الجناية .

وإذا عدم البيع الثاني م: (**وبقي الاعتبار للأول**) ش: أي العقد الأول م: (**فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول**) ش: أي فيما إذا باعه من مولاه م: (**وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني**) ش: أي فيما إذا باعه المولى من عبده م: (**فيعتبر الثمن الأول**) ش: أي الثمن المذكور في الفصل الأول فلا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه وإنما يبيعه على الثمن المذكور في الأول .

وقال الكاكي : ذكر هذه المسألة وأخواتها في «المبسوط» من غير ذكر دين العبد فقال : وإذا اشترى شيئًا من أبيه ، أو أمه ، أو ولده ، أو مكاتبه ، أو عبده ، أو اشترى العبد ، أو المكاتب من مولاه أشياء بثمن قد قام على البائع بأقل من ثمنه ، لم يكن له أن يبيعه مرابحة إلا بالذي قام على البائع من العبد والمكاتب بالاتفاق ، لأن بيع المرابحة على ما يتيقن بخروجه عن ملكه ، لأن كسب العبد لمولاه ، وما حصل من مكاتبه من وجه كان له أيضًا .

وللمولى في حق الملك في كسب المكاتب وينقلب ذلك حقيقة الملك عند عجزه، فأما في غير المماليك من الآباء والأولاد والأزواج فكذلك الجواب عند أبي حنيفة -رضي الله عنه- ، وبه قال أحمد والشافعي -رحمهما الله- في وجه .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي -رضي الله عنهم- في قول : له أن يبيعه مرابحة بما اشتراه لتباين الأملاك بينهما .

وقال الأترازي : قد اختلف نسخ شروح «الجامع الصغير» ، فقد قيد فخر السلام دين العبد المستغرق .

وقال الصدر الشهيد : بعبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط . وقاضي خان قيد بالمحيط أيضًا، والعتابي قيد بالمأذون فحسب، ولم يذكر الدين أصلاً ، وقال في «شرح الطحاوي» : لو اشترى من مماليكه ومكاتبه وعبده المأذون الذي عليه دين أو لادين عليه فإنه يبيعه مرابحة على أقل الضمانين إلا أن يبين الأمر على وجه .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في« الجامع الصغير» م: (**وإذا كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف ، فاشترى ثوبًا بعشرة ، وباعه من رب المال بخمسة عشر فإنه**) ش: أي فإن رب المال م: (**يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف**) ش: لأن بيع المرابحة بيع أمانة يحترز فيها عن الخيانة وعن شبهتها

لأن هذا البيع ، وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافًا لزفر ، مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف ، وهو مقصود ، والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ، ألا ترى أنه وكيل عنه في البيع الأول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدمًا في حق نصف الربح . قال : ومن

م: (**لأن هذا البيع ، وإن قضى بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافًا لزفر**) ش: فإن عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب، ولا بيع المضارب من رب المال، إذا لم يكن في المال ربح م: (**مع أنه اشترى ماله بماله**) ش: أي مع أن رب المال يشتري مال نفسه بمال نفسه ، لأن رقبة المال له م: (**لما فيه**) ش: دليل قوله : قضى بجوازه وذلك أن ولاية التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال إلى المضارب ، ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف وهو معنى قوله: لما فيه ، أي لما في هذا العقد.

م: (**من استفادة ولاية التصرف**) ش: أي ملك اليد ، لأن رب المال بالتسليم إلى المضارب قطع ولاية التصرف عن ماله ، وبالشراء عن المضارب يحصل له ولاية التصرف، ولهذا لو صار مال المضاربة جارية لا يحل لرب المال وطؤها وإن لم يكن فيها ربح ، ذكره الإمام التمرتاشي - رحمه الله .

وللمضارب حق التصرف ، ولهذا لا يملك رب المال منع المضارب عن التصرف، ذكره في الإيضاح م: (**وهو مقصود**) ش: أي حصول ولاية التصرف هو المقصود م: (**والانعقاد يتبع الفائدة**) ش: أي انعقاد العقد يتبع الفائدة ، ولهذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره، واشتراهما صفقة واحدة جاز ، ودخل عبده في الشراء لحصول الفائدة في حق انقسام الثمن ثم يخرج .

فكذا فيما نحن فيه ، لأن المال كالملوك للمضارب في حق التصرف ، وكغير المملوك لرب المال في حق التصرف ، ولا يملك رب المال إبطال هذا الملك للمضارب إلا بالشراء فجاز ذلك لحصول الفائدة .

م: (**ففيه شبهة العدم**) ش: جواب قوله : وإن قضى بجوازه ، أي عدم الجواز ، ثم أوضح المصنف- رحمه الله- ذلك بقوله: م: (**ألا ترى أنه**) ش: أي أن المضارب م: (**وكيل عنه**) ش: أي عن رب المال م: (**في البيع الأول من وجه**) ش: لأنه يعمل لنفسه ولرب المال ، ولهذا يكون الربح لهما بخلاف الوكيل لأنه يعمل للموكل ، ولهذا يكون الربح له م: (**فاعتبر البيع الثاني**) ش: يعني لما كان فيه شبهة العدم اعتبر البيع الثاني م: (**عدماً في حق نصف الربح**) ش: لأن ذلك حق رب المال.

وقال تاج الشريعة : في حق نصف الربح وهو نصف حق الربح الذي بحصته ولا يعملا في حق نصف الربح يستحقه المضارب إذ لا شبهة في هذا النصف أصلاً م: (**قال**) ش: أي محمد-

اشترى جارية فأعورت أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين ؛ لأنه لم يحتبس عنده شيء يقابله بمقابلة الثمن ، لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن ، ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن ، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن ، والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطء .

رحمه الله - في« الجامع الصغير» م: (**ومن اشترى جارية فأعورت**) ش: أي بآفة سماوية أو ثوباً أو طعاماً ، فأصابه عيب عند المشتري بغير فعل أحد م: (**أو وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ، ولا يبين**) ش: أي لا يقول : إنها سليمة فأعورت في يدي م: (**لأنه لم يحتبس عنده**) ش: أي عند المشتري . وفي بعض النسخ لأنه لم يحتبس بفعله أي بفعل المشتري م: (**شيء يقابله بمقابلة الثمن ؛ لأن الأوصاف تابعة**) ش: والغاية وصف م: (**لا يقابلها الثمن**) ش: أي فلا يقابلها شيء من البدل إذا جاءت بغير صنع أحد ، وإنما البدل كله مقابلة الأصل وهو باق على حاله فيبيعه مرابحة بلا بيان .

م: (**ولهذا**) ش: توضيح لقوله : لأنه لم يحتبس عنده شيء بمقابلة الثمن م: (**لو فاتت**) ش: أي العين م: (**قبل التسليم**) ش: إلى المشتري م: (**لا يسقط شيء من الثمن ، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن**) ش: لأنها ليست بمال ، فإن قيل : يشكل على قوله الغاية وصف لا يقابله شيء من الثمن الآجل ، فإنه وصف وعليه أن يبيعه إذا اشتراه بالأجل .

قلنا : يعطي في مقابلة الأجل شيء عادة فيكون في مقابلة شيء من الثمن ، فيكون كالجزء فيلزمه البيان ، فإن قيل : المستوفى من منافع البضع بمنزلة الجزء والجزاء إذا قصد إتلافه كان له قسط من الثمن ، بدليل أنه لو اشترى جارية فوطئها ، ثم وجد بها عيباً لم يتمكن من الرد ، وإن كانت هي ثيباً وقت الشراء ، وذلك باعتبار أن المستوفي بالوطء بمنزلة إحباس جزء من البيع عند المشتري .

قلنا : عدم جواز الرد باعتبار ما ذكرت غير مسلم ، بل لمعنى آخر ، وهو لا يخلو : إما أن يردها مع العقد ولا وجه إليه ، لأن العقد ما ورد على الزيادة ، أو يردها بغير عقد ولا وجه إليه أيضاً لأنها تعود إلى قديم ملكه فيكون وطء المشتري بلا ملك وذا لا يجوز م: (**والمسألة فيما إذا لم ينقصها الوطء**) ش: لأنها إذا نقصها فات الوصف بفعل قصدي ، هذا في الثيب لأن الوطء لا ينقصها فإنه يبيعها ، مرابحة قبل البيان ، بخلاف البكر ، فإنه إذا وطئها ، فأزال لعذرتها لا يبيعها مرابحة قبل البيان لأنه حبس جزء من العين كما يجيء عن قريب .

وفي الثيب المستوفى ليس بمال فلا يقابله البدل ، فكان كالاستخدام ، ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن غير أن المشتري يخير بين أخذه بكل الثمن وتركه .

وفي قول زفر إذا أعورت بآفة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لأنها قد تغيرت عن حالها التي اشتراها به .

وعن أبي يوسف في الفصل الأول أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله ، وهو قول الشافعي ، فأما إذا فقأ عينها بنفسه ، أو فقأها أجنبي فأخذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين ؛ لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن، وكذا إذا وطئها وهي بكر لأن العذرة جزء من العين فيقابلها الثمن وقد حبسها . ولو اشترى ثوبًا فأصابه قرض فأر ، أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ، ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين ، والمعنى ما بيناه .

قال الفقيه أبو الليث -رحمه الله- : وقول زفر أحوط ، ثم قال : وبه نأخذ .

م: (**وعن أبي يوسف في الفصل الأول**) ش: وهو ما إذا اشترى جارية فأعورت م: (**أنه لا يبيع من غير بيان كما إذا احتبس بفعله**) ش: أي كما إذا احتبس الشيء الغائب بفعل المشتري م: (**وهو قول الشافعي**) ش: وهو زفر - رحمه الله - أيضاً ، لكنهما اختلفا في التخريج ، فعند زفر يجب البيان باعتبار أنه لو علم المشتري أنه اشتراه غير معيب بما سمى من البدل لم يلزم له ربحاً على ذلك ما لم يعين بعدما تعيب .

وأما الشافعي - رحمه الله - فيقول وجب البيان بناء على مذهبه أن للأوصاف حصة من الثمن ، وأن التعيب بآفة سماوية ، ويضع العباد سواء عنده م: (**فأما إذا فقأ عينها**) ش: وفي بعض النسخ قلنا : إن فقأ عينها ، وفي بعضها : وأما إذا فقأ .

قال الأترازي - رحمه الله - : هو الأصح ، وقال الأكمل : وفي بعض النسخ ، قلنا فيكون جواباً لقول أبي يوسف ، والشافعي -رحمهما الله- ، يعني إذا فقأ المشتري عين الجارية م: (**بنفسه أو فقأها أجنبي فأخذ أرشها لم يبعها مرابحة حتى يبين ؛ لأنه صار مقصوداً بالإتلاف فيقابلها شيء من الثمن**) ش: وعبارة المصنف - رحمه الله- تدل بالتنصيص على أخذ أرشها وهو المذكور في لفظ محمد - رحمه الله - في أصل «الجامع الصغير» ، وقال في «النهاية» : كان ذكر الأرش وقع اتفاقاً ، لأنه لما فقأ الأجنبي وجب عليه ضمان الأرش، وجوب ضمان الأرش سبب لأخذ الأرش فأخذ حكمه .

ثم قال : والدليل على هذا الإطلاق ما ذكره في «المبسوط» من غير تعرض لأخذ الأرش ، وذكر نقل« المبسوط» كذلك م: (**وكذا إذا وطئها وهي بكر**) ش: لا يبيعها مرابحة إلا بالبيان م: (**لأن العذرة جزء من العين ، فيقابلها الثمن وقد حبسها**) ش: فلا بد من البيان ، ولو فقأت عين نفسها بنفسها فهو كالأعور إذ لا يلزمه البيان كذا في« المبسوط» م: (**ولو اشترى ثوباً فأصابه قرض فأر**) ش: بالقاف ، من قرض الثوب بالمقراض إذا قطعه . ونص أبو اليسر على أنه بالفاء م: (**أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان**) ش: لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن م: (**ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه حتى يبين**) ش: لأنه صار مقصوداً بالإتلاف م: (**والمعنى ما بيناه**) ش: يعني في الدليلين ،

قال : ومن اشترى غلامًا بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين ، فعلم المشتري ، فإن شاء رده وإن شاء قبل ؛لأن للأجل شبهًا بالمبيع . ألا ترى أنه يزاد في الثمن لأجل الأجل ، والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما ، والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة ، فإذا ظهرت يخير ، كما في العيب . وإن استهلكه ثم علم لزمه بألف ومائة ؛ لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن ، قال : فإن كان ولاه إياه ولم يبين رده إن شاء ؛ لأن الخيانة في التولية مثلها في المرابحة لأنه بناء على الثمن الأول ، وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرناه . وعن أبي يوسف أنه يرد القيمة ويسترد كل الثمن

أحدهما في قرض الفأر ، والآخر في تكسر الثوب .

م: (قال) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (ومن اشترى غلاماً بألف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين) ش: أنه اشتراه نسيئة م: (فعلم المشتري فإن شاء رده وإن شاء قبل) ش: وبه قال الشافعي وأحمد - رحمهما الله- .

وقال الأوزاعي - رحمه الله - : يثبت الأجل م: (لأن للأجل شبهاً بالمبيع ، ألا ترى أنه يزاد في الثمن لأجل الأجل ، والشبهة في هذا) ش: أي في هذا الباب م: (ملحقة بالحقيقة) ش: أي بحقيقة المبيع احتياطاً م: (فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنهما) ش: أي بثمن الاثنين ، وذلك حرام يجب الاحتراز عنه فكذا هذا م: (والإقدام على المرابحة يوجب السلامة عن مثل هذه الخيانة) ش: فإذا لم يبين أنه نسيئة تظهر الخيانة ، وظهورها كالعيب فيكون له الخيار وهو معنى قوله م: (فإذا ظهرت) ش: أي الخيانة م: (يخير) ش: أي له الخيار بين الأخذ والترك م: (كما في العيب) ش: أي كما له الخيار عند ظهور العيب في البيع م: (وإن استهلكه) ش: أي وإن استهلك المشتري المبيع المذكور بوجه بأن باعه ، أو بوجه آخر .

م: (ثم علم لزمه) ش: أي المبيع لزم المشتري لتعذر الفسخ م: (بألف ومائة لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن) ش: حقيقة ولكن فيه لشبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له أن يفسخ البيع إذا كان المبيع قائماً ، فأما أن يسقط من الثمن شيء بعد الهلاك بمقابلة الأجل فلا .

م: (قال) ش: أي محمد- رحمه الله - م: (فإن كان ولاه إياه) ش: أي باعه بالتولية م: (ولم يبين) ش: أنه اشتراه بألف نسيئة ثم علم المشترى كان له الخيار م: (رده إن شاء ؛ لأن الخيانة في التولية مثلها في المرابحة ؛ لأنه بناء على الثمن الأول) ش: فلا زيادة ولا نقصان ، فلا يمكن الحط هنا لأن الثمن هو الألف ولا زيادة ، فأي شيء يحط م: (وإن كان استهلكه ثم علم لزمه بألف حالة لما ذكرناه) ش: أراد به قوله : لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن م: (وعن أبي يوسف) ش: في «النوادر» أنه قال : م: (أنه) ش: أي أن المشتري م: (يرد القيمة) ش: أي قيمة العين م: (ويسترد كل الثمن وهو)

وهو نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد ، وعلـم بعد الإنفاق ، وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى . وقـيل : يقوم بثمـن حال وبثمن مـؤجل ، فيرجع بفـضل ما بينهمـا ، ولو لم يكن الأجل مشروطًا في العقد ، ولكـنه منجم معتاد قيل لابد من بيانه لأن المعروف كالمشـروط ، وقيل : يبيعه ولا يبينه لأن الثمن حال . قال : ومن ولى رجلاً شيئًـا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجـهالة الثمن ، فإن أعلمه البائع بثمنه في المجلس فهو بالخـيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ؛ لأن الفسـاد لم يتقرر ، فـإذا حصل العلم في المجلس جعل كـابتداء العقـد وصار كتأخـير القبول إلى آخر المجلس ،

ش: أي المذكور من هذا الحكم م: (**نظير ما إذا استوفى الزيوف مكان الجياد**) ش: بأن كان له على آخر عشرة جياد .

فإذا استوفى زيوفاً م: (**وعلم بعد الإنفاق**) ش: يرد زيوفاً مثلها ويأخذ الجياد م: (**وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى**) ش: أي في مسائل منثورة قبيل كتاب الصرف م: (**وقيل**) ش: قائله الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله م: (**يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع**) ش: أي البائع م: (**بفضل ما بينهما**) ش: أي التفاوت الذي بين القيمتين م: (**ولو لم يكن الأجل مشروطاً في العقد ولكنه منجم معتاد**) ش: كعادة بعض البلدان يشترون بعقد ويسلمون الثمن بعد أشهر ، إما جملة أو منجماً م: (**قيل : لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط**) ش: أي لأن الثابت بالعرف كالمشروط بين العاقدين م: (**وقيل : يبيعه ولا يبينه**) ش: يعني لا يجب بيانه م: (**لأن الثمن حال**) ش: لعدم ذكر الأجل ، والأصل الحال في الثمن .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله - في« الجامع الصغير» م: (**ومن ولى رجلاً شيئاً بما قام عليه**) ش: يعني إذا قال : وليتك هذا بما قام علي ، يريد به بما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن كالصبغ والعقل وغير ذلك ، م: (**ولم يعلم**) ش: أي والحال أنه لم يعلم م: (**المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن**) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله - في أصح الوجهين .

والوجه الثاني أنه لا يفسد البيع م: (**فإن أعلمه البائع بثمنه**) ش: أي فإن أعلم المشتري البائع بثمنه م: (**في المجلس ، فهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ؛ لأن الفساد لم يتقرر**) ش: لأنه في مجلس العقد لا يتقرر لأن ساعات المجلس كساعة واحدة ، دفعاً للضرر وتحقيقاً لليسر م: (**فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء العقد**) ش: العقد لا يتقرر لأن ساعات المجلس كساعة واحدة دفعاً للضرر وتحقيقاً في وجه ، وفي وجه قال : لا ينقلب صحيحاً بعدما انعقد فاسداً م: (**وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس**) ش: فإن التأخير إلى آخر المجلس عفو كتأخير القبول فإن التأخير في آخر المجلس يترابط بالإيجاب .

وبعد الافتراق قد تقرر فلا يقبل الإصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في ذلك المجلس ، وإنما يتخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية .

وإن تخللت بينهما ساعات فكذا العلم في آخر المجلس كالعلم الحاصل في أوله فيصح على تقدير الابتداء م: (**وبعد الافتراق قد تقرر**) ش: أي الفساد م: (**فلا يقبل الإصلاح**) ش: وفي «الكافي» هذا فساد لا يحتمل الإصلاح م: (**ونظيره**) ش: أي نظير هذا الحكم م: (**بيع الشيء برقمه**) ش: بسكون القاف ، صورته أن التاجر يرقم الثياب ، أي يعلمها بعلامة بأن ثمنها كذا فيبيع بذلك الثمن الذي هو معلوم للبائع غير معلوم للمشتري م: (**إذا علم**) ش: أي المشتري إذا علم قدر ذلك الثمن م: (**في ذلك المجلس**) ش: صح البيع ، وإن كان بعد القبول ، ويحصل كأنه علم وقت القبول ، ولو علم بعد الافتراق لا يصح م: (**وإنما يتخير**) ش: أي المشتري م: (**لأن الرضا لم يتم قبله**) ش: أي قبل العلم بمقدار الثمن كما لا يتم بعدم الرؤية م: (**لعدم العلم فيتخير**) ش: أي المشتري م: (**كما في خيار الرؤية**) ش: أي كما يتخير في خيار الرؤية إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاد رده ، لأن ورود الشرع بإثبات الخيار ثمن ورد ها هنا .

فإن قيل : ينبغي أن لا يكون للمشتري الخيار لما ذكرنا أن الموجود في آخر المجلس كالموجود في أوله .

قلنا : لم يوجد الرضا في آخر المجلس حتى يجعل كالموجود في أوله فلهذا كان له الخيار .

* * *

فصل

ومن اشترى شيئًـا مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبـضه ؛ لأنه -عليه السلام- نهى عن بيع ما لم يقبض ؛ لأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ،

م: **(فصل)**

ش: أي هذا فصل في بيان مسائل غير المسائل التي ذكرت قبله ، وإنما ذكرها هنا استطرادًا باعتبار تقيدها بقيد زائد على البيع المجرد من الأوصاف كالمرابحة والتولية م: **(ومن اشترى شيئاً مما ينقل ويحول لم يجز له بيعه حتى يقبضه)** ش: قيد بالبيع ، ولم يقل لم يجز أن يتصرف فيه لتقع المسألة على الاتفاق .

وقال مالك -رحمه الله- : يجوز جميع التصرفات فيه قبل القبض في غير الطعام ، لأنه -عليه السلام - خص الطعام بالذكر عند النهي بقوله : من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يقبضه ، فدل على تخصيص الحكم وإلا فليس لهذا التخصيص فائدة .

قلنا : التخصيص بالشيء لا يدخله على نفي الحكم فيما عداه ، وقال أحمد -رحمه الله - : إن كان البيع مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً لم يجز بيعه قبل القبض وفي غيره يجوز م: **(لأنه عليه السلام)** ش: أي لأن النبي ﷺ م: **(نهى عن بيع ما لم يقبض)** ش: روى النسائي في سننه الكبرى عن يعلى بن حكيم ، عن يوسف بن ماهك ، عن عبد الله بن عصمة ، عن حكيم بن حزام - رضي الله عنهم - قال : « **قلت يا رسول الله ، إني رجل ابتاع هذه البيوع وأبيعها ، فما يحل لي منها وما يحرم ، قال : لا تبيعن شيئاً حتى تقبضه** » ورواه أحمد -رحمه الله- في «مسنده» وابن حبان في « صحيحه» [1] .

وروى الطحاوي بإسناده إلى حكيم بن حزام قال : كنت أشتري طعاماً فأربح فيه قبل أن أقبضه فسألت النبي ﷺ فقال : لا تبعه حتى تقبض م: **(لأن فيه)** ش: أي في المنقول م: **(غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك)** ش: أي هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ أنه باع ملك الغير

---

(١) صحيح : رواه أبو داود في البيوع (٣٤٩٩) . والدارقطني في البيوع (٢/ ٢٩٤) والبيهقي في السنن (٥/ ٣١٣) من طريق يعلى بن حكيم عن يوسف بن ماهك عن عبد الله بن عصمة عن حكيم بن حزام رضي الله عنه مرفوعاً . وعبد الله بن عصمة هذا ضعيف ، قال فيه الحافظ : مقبول ورواه النسائي (٧/ ٢٨٦) من طريق ابن جريج قال أخبرني عطاء عن عبد الله بن عصمة الجشمي عن حكيم بن حزام . ورواه أيضاً من طريق عبد العزيز بن رفيع عن عطاء بن أبي رباح عن حكيم بن حزام .

قلت : وهذا إسناد صحيح وذكر الحافظ الزيلعي أن يوسف بن ماهك سمعه من حكيم بن حزام مباشرة، وقال رواه أبو يعلى رحمه الله .

ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد ـ رحمه الله ـ : لا يجوز؛ رجوعًا إلى إطلاق الحديث ، واعتباراً بالمنقول ، وصار كالإجارة . ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله ، ولا غرر فيه ؛ لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول ،

بغير إذنه ، وذلك مفسد للعقد .

وفي «الإيضاح» كل عرض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه ، كالمبيع والأجرة إذا كانت عيناً ، وبدل الصلح إذا كان معيناً وما لا ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال ، وبدل الصلح عن دم العمد م: (**ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد -رحمه الله-: لا يجوز**) ش: وبه قال زفر والشافعي رحمهما الله ، وأحمد وأبو حنيفة رحمهما الله أولاً م: (**رجوعاً**) ش: أي راجعاً أو لأجل الرجوع م: (**إلى إطلاق الحديث**) ش: المذكور ، فإن كلمة ما في الحديث للتعميم فيما لا ينتقل ولم يلحقه خصوص فلا يجوز تخصيصه بالقياس م: (**واعتباراً بالمنقول**) ش: أي وبالقياس عليه ؛ لأنه مبيع لم يقبض فلا يجوز بيعه كالمنقول م: (**وصار كالإجارة**) ش: فإنها في العقار لا يجوز قبل القبض ، والجامع اشتمالهما على ربح لم يضمن .

فإن المقصود من البيع والربح ، وربح ما لم يضمن نهي عنه شرعاً ، والنهي يقتضي الفساد فيكون البيع فاسداً قبل القبض لأنه لم يدخل في ضمانه كما في الإجارة م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف- رحمهما الله- م: (**أن ركن البيع**) ش: وهو الإيجاب والقبول م: (**صدر من أهله**) ش: أي من العاقل والبالغ م: (**في محله**) ش: وهو المال المملوك وهو يقتضي الجواز م: (**ولا غرر فيه**) ش: لأنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك .

م: (**لأن الهلاك في العقار نادر**) ش: إما بغلبة الماء أو الرمل أو لجوار بيت الغال والنادر لا يعتد به م: (**بخلاف المنقول**) ش: فإن الهلاك في غيره نادر .

وقال بعض مشايخنا : في موضع لا يخفى عليه أن يصير لجوار يغلب عليه الرمال ، فأما في موضع لا يؤمن ذلك فلا يجوز ، كذا ذكره الإمام المحبوبي - رحمه الله- فإن قيل : هذا التعليل معارض لمطلق النص ، فإن مطلقه يتناول العقار كما بينا ، قلنا الحديث مخصوص فإن بيع عقد المهر وبدل الخلع . والصلح عن دم العمد والميراث ، والثمن قبل القبض يصح بالاتفاق ، فحينئذ يجوز تخصيصه بالقياس ، والدليل عليه ثبوت حق الشفعة قبل القبض والشفيع يتملك ، فلو كان العقار قبل القبض لا يحتمل الملك ببدل لما جاز للشفيع الأخذ بالشفعة قبل القبض .

وللشافعي - رحمه الله - في الأخذ بالشفعة قبل القبض وجهان : في وجه لا يصح ، وفي وجه يصح ، وهو الأصح .

والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد ، والحديث معمول به ، عملاً بدلائل الجواز والإجارة . قيل على هذا الخلاف ، ولو علم في المعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر . قال ومن

فإن قيل : يتوهم انفساخ العقد بالرد بالعيب ، وذلك غير نادر ، قلنا : لا يتوهم الانفساخ بالرد حتى جاز البيع فيه قبل القبض ، لأنه على تقدير جواز البيع قبل القبض يصير ملكاً للمشتري ، وحينئذ لا يملك المشتري الأول الرد بالعيب فلا يتوهم الانفساخ فيه بالرد حينئذ ، كذا في «الفوائد الظهيرية» .

م: (**والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد**) ش: هذا جواب عما يقال : كيف قلت : ولا غرر فيه لأن الهلاك في العقار نادر ، والغرر موجود أيضاً بعقد القبض بظهور الاستحقاق فأجاب بقوله : والغرر المنهي عنه في الحديث غرر انفساخ العقد الأول م: (**والحديث**) ش: أي الحديث المذكور م: (**معمول به**) ش: أي بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض بهلاك المعقود عليه فيكون مخصوصاً بالمنقول ، ألا ترى أنه يجوز الإعتاق قبل القبض والوصية قبله م: (**عملاً بدلائل الجواز**) ش: أي جواز البيع من الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ **وأحل الله البيع وحرم الربا** ﴾ (البقرة : الآية ٢٧٥) ، وأما السنة فقوله - عليه السلام- : « **يا معشر التجار إن البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة** » هكذا ذكره الأترازي -رحمه الله- في شرحه ، ثم قال : رواه في السنن قيس بن غرزة .

قلت : الحديث أخرجه أصحاب السنن الأربعة ، ولفظه فيما ذكره الترمذي :

حدثنا هناد ، ثنا أبو بكر بن عباس ، عن عاصم ، عن أبي وائل ، عن قيس بن غرزة قال : خرج علينا رسول الله ﷺ ونحن نسمى السماسرة فقال : « **يا معشر التجار إن الشيطان والإثم يحضران البيع فشوبوا بيعكم بالصدقة** » ، ثم قال الترمذي : حديث حسن صحيح [(١)] .

وقيس بن غرزة ، بفتح الغين المعجمة ، والراء ثم الزاي ، غفاري نزل الكوفة ومات بها .

وأما الإجماع فإن النبي ﷺ بعث والناس يتبايعون فلم ينكرهم على ذلك بل قررهم عليه ، وقد انعقد إجماع الأمة على ذلك م: (**والإجارة**) ش: جواب عن قياس محمد -رحمه الله- صورة النزاع على الإجارة وتقريره أنها لا تصلح مقيساً عليها ، لأنها على الاختلاف وهو معنى قوله : م: (**قيل على هذا الخلاف ولو علم في المعقود عليه في الإجارة المنافع وهلاكها غير نادر**) ش: يعني عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- إجارة العقار قبل القبض جائزة .

وقال في «الإيضاح» : ما لا يجوز بيعه قبل القبض لا يجوز إجارته ، لأن صحة الإجارة

---

(١) تقدم تخريجه .

اشترى مكيلاً مكايلة ، أو موزونًا موازنة فاكتاله أو اتزنه ، ثم باعه مكايلة أو موازنة ، لم يجز للمشتري منه أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن ؛ لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع المشتري .

تملك الرقبة ، فإذا ملك التصرف في الأصل وهو الرقبة ملك في المنافع ، وقيل : لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح ، لأن المنافع بمنزلة المنقول .

والإجارة تمليك المنافع فيمتنع جوازها لبيع المنقول م: **(قال)** ش: أي محمد - رحمه الله- في« الجامع الصغير» م: **(ومن اشترى مكيلاً مكائلة)** ش: يعني رد الكيل م: **(أو موزوناً)** ش: أي أو اشترى ما يوزن م: **(موازنة)** ش: يعني بالوزن قيد بالشراء لأنه إذا ملك مكيلاً موزوناً أو معدوداً بهبة أو وصية أو ميراث جاز لمن ملك أن يتصرف فيه قبل القبض وقبل الكيل والوزن والعدد ، قيد بقوله مكائله أو موازنة ، يعني بشرط الكيل والوزن بأن اشترى هذا الطعام على أنه عشرة أقفزة ، أو هذا الحديد على أنه كذا كذا مناً وقبضه لا يجوز له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن وبعد المكائلة أيضاً يخرج المجازفة ، فإنه إذا اشتراه مجازفة وقبضه جاز التصرف فيه قبل الكيل والوزن على ما يجيء عن قريب إن شاء الله تعالى م: **(فاكتاله أو اتزنه)** ش: الاكتيال الأخذ بالكيل والاتزان الأخذ بالوزن ، يقال : كال المعطي فاكتال الآخذ ، ووزن المعطي فاتزن الآخذ .

م: **(ثم باعه مكائلة أو موازنة)** ش: أي باعه المشتري بشرط الكيل م: **(لم يجز للمشترى منه)** ش: أي لم يجز للمشتري الثاني من المشتري الأول الذي اشتراه مكائلة أو موازنةم: **(أن يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل والوزن ، لأن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان ، صاع البائع وصاع المشتري)**[1] ش: هذا الحديث رواه ابن ماجة في «سننه» عن جابر -رضي الله عنه- ، رواه أبو الزبير عنه قال : نهى رسول الله ﷺ نحوه ، ورواه أبو هريرة -رضي الله عنه- أيضاً . أخرجه عنه البزار من طريق محمد بن سيرين - رحمه الله - أن النبي ﷺ : نحوه . وزاد فيه ، فيكون لصاحبه فيه الزيادة وعليه النقصان ، انتهى .

وأراد بصاع البائع صاعه لنفسه حتى يشتريه وبصاع المشتري ، صاعه لنفسه حتى يبيعه لإجماعهم أن البيع الواحد له يحتاج إلى الكيل مرتين ، وبقولنا قال الشافعي رضي الله عنه

---

(١) رواه ابن ماجة في البيوع (٢٢٢٨) والدارقطني (٣/ ٨) . ورواه البزار في مسنده قال : حدثنا محمد بن عبد الرحيم ، ثنا مسلم الجرمي ، ثنا مخلد بن حسين عن هشام بن حسان عن محمد بن سيرين عن أبي هريرة مرفوعاً . ثم قال : لا نعلمه يروى عن أبي هريرة إلا من هذا الوجه .

قلت : إسناد ابن ماجة والدارقطني فيه محمد بن أبي ليلى وهو ضعيف .

ورواه ابن عدي في الكامل (٣/ ١٤) من حديث أنس ، ثم قال : هذا حديث منكر لا يرويه بهذا الإسناد غير خالد ابن يزيد . ورواه كذلك من حديث ابن عباس وفيه معلى بن هلال وهو كذاب وضاع .

ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع ، والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه ، وبخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة له ،

ومالك وأحمد -رحمهما الله- وكما لا يملك سائر التصرفات المختصة بالملك كالهبة والوصية ونحو ذلك كذا في «المبسوط» ، وفي «الجامع الصغير» المحبوبي ولو قبضه بغير كيل وأكله لا يقال إنه حرام لأنه أكل ملك نفسه إلا أنه يأثم لرد ما أمر به من الكيل .

وفي الفوائد الظهيرية : المكيلان على أقسام .

الأول : ما يحتاج إلى الكيل مرتين وهو السلم على ما يجيء في بابه ، وبيع العين المكيل مكايلة بعدما اشتراه مكائلة .

والثاني : ما يحتاج إلى كيل واحد ، وهو ما إذا اشترى المسلم إليه حنطة مجازفة أو استفادها زراعة أو أرشاً ، أو استقرض حنطة على أنها كر ثم أدناها رب السلم أو باعها مكايلة احتج فيه إلى كل واحد وكذا فيما استفاد أرشاً أو زراعة وكذا فيما استفاده قرضاً بشرط الكيل .

والثالث : هو مالا يحتاج فيه إلى الكيل وهو ما إذا اشترى حنطة مجازفة ثم باعها مجازفة في «نوادره» أنه يجوز ، واعلم أن الأموال ثلاثة مقدارات كالكيلي والوزني فإن اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن على ما يجيء ، وإن اشتراه بشرط الكيل والوزن فلا يجوز وقد مر .

وعدديات الجوز والبيض ، فإن اشتراه بشرط العد فقبضه فهل يجوز له التصرف قبل العد ثانياً ؟ لم يذكر جوابه في الكتاب فقد ذكروا في «شرح الجامع الصغير» عند أبي حنيفة -رحمه الله- أنه أبطل البيع قبل العد ثانياً كما في الكيل والوزن لأن العدد لمعرفة المقدار ، ألا ترى أنه لو اشترى جوازاً على أنه مائة فزاد فالزيادة للبائع ولا يدخل في البيع .

وروي عنهما أنهما أجازا العقد قبل العد لأن العد يخالف الكيل والوزن ، ألا ترى أنه يجرى فيه الربا ولهذا لو باع جوزة بجوزتين جاز . ومذروعات كالثوب والعقار ، ونحو ذلك ، فإن اشترى مجازفة أو بشرط الذرع بأن اشترى على أنه عشرة أذرع مثلاً فقبضه لا يجوز له التصرف فيه لأنه مال الغير وهو حرام فيجب التحرز عنه قبل الذرع ، وقد مر في أول كتاب البيوع .

م: (**ولأنه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع ، والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه**) ش: وهو بترك التصرف م: (**بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة**) ش: يعني الكل م: (**له**) ش: واعترض بأن الزيادة لا تتصور في المجازفة وأجيب بأن من الجائز أنه اشترى مكيلاً مكايلة واكتاله على أنه عشرة أقفزة مثلاً ثم باعه مجازفة فإذا هو اثنا عشرفي الواقع فيكون زيادة على

وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة لأن الزيادة له؛ إذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ، ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع وإن كان بحضرة المشتري ؛ لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهوالشرط ، ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من باب التسليم ؛ لأن به يصير المبيع معلومًا ولا تسليم إلا بحضرته ، ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث ، فإنه اعتبر صاعين، وقيل : يكتفى به وهو الصحيح ؛ لأن المبيع صار معلومًا بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ،

الكيل الذي اشتراه المشتري الأول كذا في «الكافي» .

قال الأكمل : وفيه من التمحل ما ترى وقيل المراد الزيادة التي كانت في ذهن البائع وذلك بأنه باع مجازفة ، وفي ذهنه أنه مائة قفيز ، فإذا هو زائد على ما ظنه ، والزائد للمشتري م: (**وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة لأن الزيادة له ، إذ الذرع وصف في الثوب**) ش: وليس فيه جهالة ، ولا اختلاط المبيع بغيره م: (**بخلاف القدر**) ش: أي الكيل فإنه ليس بوصف ، لأن بازدياد القدر لا يزداد قيمة المقدر كخمسين منًا من الحنطة إذا زاد عليه خمسون أخرى لا يزداد قيمة الخمسين الأولى .

م: (**ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع**) ش: المراد من البائع المشتري الأول م: (**وإن كان بحضرة المشتري**) ش: كلمة إن واصلة بما قبلها وذلك م: (**لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط**) ش: أي الشرط هو صاع البائع والمشتري م: (**ولا بكيله**) ش: أي بكيل البائع م: (**بعد البيع بغيبة المشتري؛ لأن الكيل من باب التسليم لأن به**) ش: أي بالكيل م: (**يصير المبيع معلوماً ، ولا تسليم إلا بحضرته**) ش: أي بحضرة المشتري إذ لا بد للتسليم من مسلم حاضر ، فالتسليم إلى الغائب لا يتحقق م: (**ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشتري ، فقد قيل: لا يكتفى به**) ش: أي بكيل البائع .

م: (**لظاهر الحديث فإنه**) ش: أي فإن الحديث م: (**اعتبر صاعين ، وقيل: يكتفى به**) ش: أي بكيل البائع م: (**وهو الصحيح**) ش: أي الاكتفاء بالكيل الواحد هو الصحيح ، م: (**لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق معنى التسليم**) ش: وانتفى احتمال الزيادة ، قيل في كلام المصنف - رحمه الله- إيهام التناقض وذلك لأنه وضع المسألة أولاً فيما إذا كان العقد أن يشترط الكيل واستدل على وجوب جريان الصاعين بالحديث .

ثم ذكر في آخر المسألة أن الصحيح أن يكتفى بالكيل الواحد ، وهو يقتضي أن يكون وضع المسألة فيما يكون عقداً واحداً ، بشرط الكيل كما أن الاكتفاء بالكيل الواحد في الصحيح من الرواية ، إنما هو في العقد الثالث بشرط الكيل وأما إذا وجد العقدان بشرط الكيل ، فالاكتفاء بالكيل الواحد فيهما ليس بصحيح من الرواية ، بل الجواب فيه على الصحيح من الرواية وجوب الكيلين .

ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين في باب السلم إن شاء الله تعالى ، ولو اشترى المعدود عدًا فهو كالمذروع فيما يروى عنهما ؛ لأنه ليس بمال الربا وكالموزون ، فيما يروى عن أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ ؛ لأنه لا تحل له الزيادة على المشروط . قال : والتصرف في الثمن قبل القبض جائز

وقال الأكمل - رحمه الله - : ودفعه بأن يكون المراد بالبائع في قوله : ولو كاله البائع ، المشتري الأول أو بالمشتري هو الثاني وبالبيع البيع الثاني ، ومعناه أن المشتري إذا باع مكايلة وكاله بحضرة مشتريه يكتفى بذلك ، ويدل على ذلك قوله : م: (**ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين**) ش: فإنه يدل على أن في هذه الصورة اجتماع الصفقتين غير منظور إليه فكأنه يقول: الحديث دليل على وجوب الصاعين فيما اجتمعت الصفقتان كما في أول المسألة .

والأكمل غير منفرد بهذا الكلام ، لأن السفناقي : ذكر هذا وتبعه الكاكي - رحمه الله - أيضاً م: (**على ما نبين في باب السلم إن شاء الله تعالى**) ش: عند قوله : ومن أسلم فلأجل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرًا ، فأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء، وإن أمره أن يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز .

قالوا : الحديث ورد فيما إذا وجد عقدان بشرط الكيل ، بأن يشتري المسلم إليه إلى آخر ما ذكرناه ، فإنه اشترط فيه صاعان ، صاع للمسلم إليه وصاع لرب السلم بكيله للمسلم إليه أولاً ثم يكيله لنفسه ، لأن ها هنا وجد عقدان بشرط الكيل فيشترط لكل كيل على حدة .

وفي «الكافي» قال أيضاً : إن محمل الحديث على المسلم إليه فذكر نحوه وقال: فإنه لا يصح إلا بصاعين لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل ، إحداهما اشترى المسلم إليه والأخرى قبض رب السلم لنفسه وهو كالبيع الجديد فإنه يحتاج فيه إلى الكيلين م: (**ولو اشترى المعدود عداً فهو كالمذروع فيما يروى عنهما**) ش: أي عن أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - وهو رواية عن أبي حنيفة - رحمه الله - .

م: (**لأنه ليس بمال الربا**) ش: ولهذا جاز بيع الواحد بالاثنين فكان المذروع وحكمه مر م: (**وكالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة - رحمه الله -**) ش: وهو قول الكرخي - رحمه الله - أيضاً وبه قال الشافعي - رحمه الله - م: (**لأنه لا تحل له الزيادة على المشروط**) ش: ألا ترى أنه من اشترى جزافًا على أنه ألف فوجدها أكثر لم تسلم له الزيادة ولو وجدها أقل يسترد حصة النقصان من البائع فلا بد لجواز التصرف من العدد كالوزن في الموزون م: (**قال**) ش: أي القدوري-رحمه الله- : م: (**والتصرف في الثمن قبل القبض جائز**) ش: بأن يأخذ من المشتري مكان الدراهم الثمن ثوباً أو غيره .

لقيام المطلق ، وهو الملك ، وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع . قال : ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن. ويجوز للبائع أن يزيد المشتري في المبيع ، ويجوز أن يحط عن الثمن ، ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك

وكذا في سائر الديون من المهر والأجرة وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز م: **(لقيام المطلق)** ش: بكسر اللام م: **(وهو الملك)** ش: حتى لو باع إبلاً بدراهم أو بكر حنطة جاز له أن يأخذ به له شيئاً آخر م: **(وليس فيه)** ش: أي في التصرف في الثمن م: **(غرر الانفساخ بالهلاك)** ش: أي انفساخ العقد بهلاك الثمن م: **(لعدم تعينها بالتعيين بخلاف المبيع)** ش: أي من النقود ، وإذا لم يفسخ يبقى الثمن على ذمة المشتري ، م: **(قال)** ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: **(ويجوز للمشتري أن يزيد للبائع في الثمن)** ش: قال تاج الشريعة - رحمه الله- : شرط صحة الزيادة في الثمن في ظاهر الرواية بقاء المبيع وكون المبيع محلاً للمقابلة في حق المشتري حقيقة ، وروي عن محمد - رحمه الله - أن شرط صحة الزيادة كون المبيع قابلاً للمقابلة في نفسه لا في حق المشتري حقيقة ، فعلى هذه الرواية تصح الزيادة في الثمن بعدما باع المشتري أو وهب وسلم أو تصدق ، لأن البيع بقي محلاً للمقابلة في نفسه .

وفي ظاهر الرواية لم يصح ؛ لأنه لم يبق محلاً للمقابلة في حق المشتري ، وقال الأترازي : الزيادة في الثمن إنما تصح إذا كان المعقود عليه قائماً ، أما إذا لم يكن فلا يصح وإن كان الهلاك حقيقة أو حكماً ، أما حقيقة كما إذا مات وأما حكماً كما إذا اشترى الرجل من الرجل جارية بألف درهم فقبضها المشتري فأعتقها أو دبرها أو كاتبها أو كان استولدها ، ثم إن المشتري زاد في ثمنها فالزيادة لا تصح ، وكذلك لو باعها أو وهبها من غيره وسلمها إليه .

وقال في «شروح الجامع الكبير» ولو رهنها أو أجرها أو قطعت يدها صحت الزيادة لأن المعقود عليه قائم والنصرانيان إذا تبايعا خمراً ثم أسلما لم يجز الزيادة في الثمن لأنه كالهلاك في حق المسلم، ولو زاد في الثمن بعد هلاك الشاة لم يجز لأن المحل ليس بقابل م: **(ويجوز للبائع أن يزيد المشتري في المبيع ويجوز أن يحط عن الثمن)** ش: زيادة البائع للمشتري في البيع جائزة ما دام المبيع قائماً لأن المعقود عليه ما دام قائماً كان العقد قائماً لقيام أثره وهو الملك المستفاد في العين فإذا هلك لم تصح الزيادة لأن العدم لا يصح تغييره بخلاف الحط فإنه يصح بعد هلاك المعقود عليه ، فإنه لو أمكن أن يجعل تغييراً للعقد بأن كان العقد قائماً جعل تغييراً وإن لم يكن جعله تغييراً كما في حالة الهلاك جعل برءًا عن الدين فصح الحط في الحالين .

م: **(ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك)** ش: أو بالمزيد والمزيد عليه فإن للبائع أن يحبس المبيع ما لم يستوف المزيد والمزيد عليه من الثمن إذا كان الثمن حالاً ، وليس للمشتري أن يمنع الزيادة بعد ذلك لأنها استحقت بأصل العقد .

فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا ، وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل يصحان على اعتبار ابتداء الصلة . لهما أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنًا ؛ لأنه يصير ملكه عوض ملكه ، فلا يلتحق بأصل العقد ، وكذلك الحط لأن كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن إخراجه فصار برءًا مبتدأ . ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد ، من وصف مشروع إلى وصف مشروع ، وهو كونه خاسرًا أو رابحًا أو عدلاً ، ولهما ولاية الرفع ، فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير وصار كما إذا أسقط الخيار أو شرطاه بعد العقد ، ثم إذا صح يلتحق بأصل العقد ؛ لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل ؛

وكذلك المشتري ليس له مطالبة البائع بتسليم المبيع ما لم يسلم المزيد والمزيد عليه من الثمن ، وكذلك المشتري يرجع على البائع بجميع ذلك ، أعني بالأصل والزيادة إذا استحق المبيع .

وفي صورة الحط للمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع إذا سلم ما بقي من الثمن بعد الحط ، وكذلك الشفيع يستحق المبيع بما بقي بعد الحط م: (**فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد عندنا ، وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق**) ش: يعني بأصل العقد م: (**بل يصحان على اعتبار ابتداء الصلة**) ش: أي الهبة بالزيادة عندهما في الثمن والثمن هبة ابتداء لا يتم إلا بالتسليم م: (**لهما**) ش: أي لزفر والشافعي - رحمهما الله - م: (**أنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً**) ش: أي من حيث كونه ثمناً م: (**لأنه يصير ملكه**) ش: أي ملك المشتري م: (**عوض ملكه**) ش: لأنه ملك المبيع بالعقد المسمى ثمناً . فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع ، وذلك لا يجوز فحينئذ م: (**فلا يلتحق بأصل العقد ، وكذلك الحط لأن كل الثمن صار مقابلاً بكل المبيع فلا يمكن إخراجه**) ش: عن ذلك م: (**فصار برءاً مبتدأ**) ش: يعني ابتداء غير داخل في شيء .

م: (**ولنا أنهما**) ش: أي البائع والمشتري م: (**بالحط والزيادة يغيران العقد**) ش: لتراضيهما م: (**من وصف مشروع**) ش: وهو أصل العقد م: (**إلى وصف مشروع وهو كونه خاسراً**) ش: في الحط م: (**أو رابحاً**) ش: في الزيادة م: (**أو عدلاً**) ش: يعني لا خسارة ولا ربح ، والزيادة في المبيع أو الثمن أو الحط يغيره إلى هذه الأوصاف ولا يرفع أصله كما شرع باتاً وانحيازاً م: (**ولهما**) ش: أي وللبائع والمشتري م: (**ولاية الرفع**) ش: أي رفع العقد بالإقالة م: (**فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير**) ش: من وصف إلى وصف ، والتصرف في وصف الشيء أهون من التصرف في أصله ، فالذي يملك التصرف في الأصل أولى بأن يملك التصرف في الوصف م: (**وصار كما إذا أسقط الخيار**) ش: أي وصار كما إذا كان للعاقدين أو لأحدهما خيار الشرط فأسقطه .

م: (**أو شرطاه بعد العقد**) ش: أي أو شرطا الخيار به ، أي وصار كما بعد إتمام العقد م: (**ثم إذا صح**) ش: أي الحط أو الزيادة م: (**يلتحق بأصل العقد**) ش: أي بأصل العقد م: (**لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه**) ش: أي لا يقوم بنفسه م: (**بخلاف حط الكل**) ش: هذا جواب عما يقال :

لأنه تبديل لأصله لا تغيير لوصفه فلا يلتحق به ، وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضًا عن ملكه ، ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ، ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط ، وإنما كان للشفيع أن يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع ،

لو كان حط البعض صحت لكان حط الكل كذلك اعتباراً للكل بالبعض ، فأجاب بقوله بخلاف حط الكل حيث لا يصح م: (**لأنه**) ش: أي لأن حط الكل م: (**تبديل لأصله**) ش: أي تغيير لأصل العقد م: (**لا تغيير لوصفه**) ش: لأن عمل الحط في إخراج القدر المحطوط من أن يكون ثمناً .

فالشرط فيه قيام الثمن وذلك في حط البعض لوجود ما يصلح ثمناً ، وأما حط الجميع فتبديل العقد لأنه إما أن يبقى بيعاً باطلاً لعدم الثمن حينئذ ، وقد علمنا أنهما لم يقصدا ذلك أو يصير هبة وقد كان قصدهما التجارة في البيع دون الهبة م: (**فلا يلتحق به**) ش: أي بأصل العقد لوجود المانع ، فلا يلزم من عدم الالتحاق لمانع عدمه لا لمانع فيلحق حط البعض بأصل العقد .

م: (**وعلى اعتبار الالتحاق**) ش: هذا جواب عن تعليل زفر والشافعي -رحمهما الله - أن بالزيادة يصير ملكه عوض ملكه فأجاب بقوله: وعلى اعتبار الالتحاق يعني إذا اعتبرنا الالتحاق م: (**لا تكون الزيادة عوضاً عن ملكه**) ش: أي عن ملك المشتري لأن الزيادة لما التحقت بأصل العقد صارت كالموجودة عند العقد فلا يلزم حينئذ ما قالاه .

م: (**ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ، ويباشر على الباقي في الحط**) ش: فإن البائع إذا حط بعض الثمن عن المشتري ، والمشتري قال الآخر وليتك هذا الشيء وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن بعد ، فكان الحط بعد العقد ملتحقاً بأصل العقد وكان الثمن في ابتداء العقد هو ذلك المقدار وكذلك في الزيادة .

م: (**وفي الشفعة**) ش: أي يظهر حكمه أيضاً في الشفعة م: (**حتى يأخذ**) ش: أي الشفيع م: (**بما بقي في الحط**) ش: دون الزيادة لما فيه من إبطال حقه الثابت بالثمن الأول فلا يملكان إبطاله م: (**وإنما كان للشفيع**) ش: هذا جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال: لو كانت الزيادة ملتحقة بأصل العقد لأخذ الشفيع بالزيادة كما لو كانت في ابتداء العقد وتقرير الجواب إنما كان للشفيع م: (**أن يأخذ بدون الزيادة**) ش: لأن حقه تعلق بالعقد الأول فإذا أخذ بالزيادة يبطل حقه الذي تعلق بالعقد وهو معنى قوله م: (**لما في الزيادة من إبطال حقه الثابت**) ش: أي الثابت له بالعقد الأول وليس لها ولاية على إبطال حق الغير ، تراضيهما وهو معنى قوله م: (**فلا يملكانه**) ش: أي التصرف بالزيادة فيما يرجع إليه الشفيع لأنه إضرار به فلم تظهر الزيادة في حقه م: (**ثم الزيادة**) ش: أي في الثمن م: (**لا تصح بعد هلاك المبيع**) ش: لأن الزيادة تغير العقدين من وصف يستدعي قيام العقد وقيامه بقيام

على ظاهر الرواية ؛ لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه ، والشيء يثبت ثم يستند ، بخلاف الحط ؛ لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله فيلتحق بأصل العقد استناداً . قال : ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلاً معلومًا صار مؤجلاً ؛ لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيرًا على من عليه ، ألا يرى أنه يملك إبراءه مطلقًا ، فكذا مؤقتًا .

المعقود عليه م: (**على ظاهر الرواية**) .

ش: احترازاً عما روي عن الحسن عن أبي حنيفة - رحمه الله - في غير رواية الأصول أن الزيادة تصح كالحط ، وأشار إلى وجه ظاهر الرواية بقوله : م: (**لأن المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه**) ش: إذ الاعتياض إنما يكون في موجودم: (**والشيء يثبت ثم يستند**) ش: فلم يستند الزيادة لعدم ما يقابله فلا يستند .

وذكر في «الشامل» في رواية «النوادر» : ويجوز الزيادة بعد الهلاك كالحط م: (**بخلاف الحط**) ش: حيث يصح بعد الهلاك م: (**لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله**) ش: لكونه إسقاطاً والإسقاط لا يستلزم ثبوت ما يقابله فيثبت الحط في الحال م: (**فيلتحق بأصل العقد استناداً**) ش: أي من حيث الاستناد .

وقال تاج الشريعة : قوله : بحال يمكن إخراج البدل إلى آخره فإن الهلاك لا قيمة له ، فإخراج البدل عما يقابله ملائم له ولا كذلك الزيادة في الثمن بعد هلاك المبيع ونظيره ما ذكر في كتاب الطلاق إذا قال لامرأته : أنت طالق واحدة فماتت المرأة بعد قوله : أنت طالق قبل قوله واحدة لا يقع الطلاق لأن العدد إذا قرن بالطلاق كان المعتبر هو العدد ، وحين قال واحدة ما يثبت المرأة محلاً للطلاق فيبطل .

ولو قال : أنت طالق إن شاء الله ، فماتت بعد قوله أنت طالق قبل قوله : إن شاء الله لا يبطل الاستثناء ويعمل عليه بعد الموت ، كذلك فيما نحن فيه هلاك المبيع ملائم إخراج الثمن عن مقابلته ولا يلائم جعل الشيء بمقابلته فلهذا يصح الحط ولا تصح الزيادة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - : م: (**ومن باع بثمن حال ثم أجله أجلاً معلوماً صار مؤجلاً**) ش: وقال الشافعي وزفر -رحمه الله - : لا يصير مؤجلاً حتى يجوز له أن يطالبه في الحال ، لأن هذا وعد ، وكذا خلافه في كل دين حال إذا أجل فعندنا يصير مؤجلاً وبه قال مالك إلا القرض فإن تأجيله لا يصح ، وعند مالك- رحمه الله - : يصح ما يجيء عن قريب .

م: (**لأن الثمن حقه فله أن يؤخره تيسيراً على من عليه**) ش: لأن التأجيل براءة مؤقته إلى حلول الأجل ، وهو يملك البراءة المطلقة بالإبراء عن الثمن فلأن يملك البراءة المؤقته أولى وهو معنى قوله : م: (**ألا يرى أنه يملك إبراءه مطلقاً فكذا مؤقتاً**) ش: أي فكذا يملك إبراءه مؤقتا بل هو بطريق

ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز ، وإن كانت متقاربة كالحصاد والدياس ، يجوز لأنه بمنزلة الكفالة ، وقد ذكرناه من قبل . وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً لما ذكرنا إلا القرض ، فإن تأجيله لا يصح لأنه إعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الإعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي ، ومعاوضته في الانتهاء ، فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة إذ لا جبر في التبرع .

الأولى .

م: (**ولو أجله إلى أجل مجهول إن كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح**) ش: ونزول المطر وقدوم الحاج وقدوم رجل من سفره م: (**لا يجوز وإن كانت**) ش: أي الجهالة م: (**متقاربة كالحصاد والدياس**) ش: أي حصاد الزرع ودياسه ، والجذاذ والنيروز والمهرجان والميلاد م: (**يجوز لأنه بمنزلة الكفالة**) ش: فإن الأجل لم يشترط في عقد المعاوضة فيصح مع الجهالة ليسيره بخلاف البيع . م: (**وقد ذكرناه من قبل**) ش: يعني في أواخر البيع الفاسد .

م: (**وكل دين حال إذا أجله صاحبه صار مؤجلاً لما ذكرنا**) ش: أنه حقه فله أن يؤخره م: (**إلا القرض فإن تأجيله لايصح لأنه**) ش: أي لأن القرض م: (**إعارة وصلة في الابتداء**) ش: فبهذا الاعتبار من التبرعات م: (**حتى يصح بلفظ الإعارة**) ش: حتى لو قال : أعرتك هذه المائة مثلاً فيكون قرضاً م: (**ولا يملكه**) ش: أي ولا يملك القرض .

م: (**من لا يملك التبرع كالوصي**) ش: فإنه لا يجوز له أن يقرض مال الصغير م: (**والصبي**) ش: فإنه لا يملك التصرف فضلاً عن القرض الذي هو التبرع م: (**ومعاوضته**) ش: أي القرض معاوضة م: (**في الانتهاء**) ش: لأن الواجب بالقرض دون المثل لا رد العين م: (**فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة**) ش: أي كما لا يلزم في الإعارة م: (**إذ لا جبر في التبرع**) ش: لأن الأجل لو لزم فيه لصار المتبرع ملزماً على المتبرع وهو المكث على المطالبة إلى مضي الأجل وذاتياً في موضوع التبرعات .

قال الله تعالى : ﴿ **ما على المحسنين من سبيل** ﴾ لو ثبت الجبر لتحقق السبيل وفي «شرح الأقطع » لو شرط الأجل في ابتداء القرض بطل الشرط وصح القرض ، وكذلك إذا شرطاه في ثاني الحال ولو مات المقرض وأجل وارثه .

قال الإمام قاضي خان - رحمه الله - : لا يصح كما لو أجل المقرض وقال صاحب «المحيط» ينبغي أن يصح من الوارث على قول البعض ، وقال واحد من الفقهاء : رأيت في المنتقى أن القرض إذا صار مستهلكاً يصح تأجيله والصحيح أنه لا يصح . وقال الإمام السرخسي -رحمه الله - : التأجيل في بدل المستهلك صحيح سواء كان المستهلك دراهم أو دنانير أو غير ذلك وعند

وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا ، وهذا بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلانًا إلى سنة ، حيث يلزم الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة ؛ لأنه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقًا للموصي .

زفر -رحمه الله- لا يصح والحيلة في تصحيح تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه وأجل المقرض ذلك الرجل فحينئذ يصح ، كذا في «فصول» الأستروشي .

م: (**وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا**) ش: والمعول على النكتة الأولى لا على النكتة الثانية لأن على النكتة الثانية يلزم أن لا يصح القرض أصلاً وهو جائز بالإجماع وكأنه انتفع بالعين وردها م: (**وهذا**) ش: أي هذا الذي ذكرنا م: (**بخلاف ما إذا أوصى أن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة ، حيث يلزم الورثة من ثلثه أن يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة ؛ لأنه وصية بالتبرع ، بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى**) ش: في كونهما وصية بالتبرع بالمنافع ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه إلى فلان صح ولزم وإن كانت معدومة وقت الوصية فلذلك يلزم التأجيل في القرض .

وهو معنى قوله : م: (**فيلزم حقاً للموصي**) ش: حتى لا يجوز للورثة مطالبة الموصى له بالاسترداد قبل السنة حقاً له .

* * *

باب الربا

قال : الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلاً ، فالعلة عندنا الكيل مع الجنس، أو الوزن مع الجنس ، قال : ويقال : القدر مع الجنس وهو أشمل ، والأصل فيه الحديث المشهور

م: (باب الربا)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام الربا ، ولما فرغ من بيان أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى : ﴿ **وابتغوا من فضل الله**﴾ مع أنواعها صحيحها وفاسدها شرع في بيان أبواب البيوع التي نهى الشارع عنها بقوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا** ﴾ ، يقال : ربا المال يربو ربوًا إذا زاد وارتفع والاسم الربا مقصور وفي الشرع فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال .

وإذا نسب إليه يقال : هذا مال ربوي بكسر الراء والفتح خطأ ، وفي «المبسوط »: الربا فضل خال عن العوض المشروط في البيع .

وقال علماؤنا : هو نوع بيع فيه فضل مستحق لأحد المتعاقدين خال عما يقابله من عوض شرط في هذا العقد، وعلى هذا سائر أنواع البيوع الفاسدة من قبيل الربا ، وفي جميع المعلوم الربا شرعًا عبارة عن عقد فاسد وإن لم يكن زيادة .

لأن بيع الدراهم بالدراهم نسيئة ربا ، وإن لم يتحقق فيه زيادة ، وعند الشافعي -رحمه الله- : البيع هو التصرف المشروع بحده ، والربا اسم جعل علمًا على تصرف يفيد العقد لا على الحد المشروع ، انتهى .

وليس المراد مطلق الفضل بالإجماع ، وإن فتح الأسواق في سائر بلاد المسلمين للاستفضال والاسترباح وإنما المراد فضل مخصوص وهو فضل مستحق لأحد المتعاقدين خال عما يقابله من العوض.

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلاً**) ش: أي حكم الربا وهو ثبوت الحرمة حاصل في كل مكيل بجنسه أو كل موزون بيع بجنسه ، إذا وجد علة تحريم التفاضل كما إذا باع مكيلاً ، أي مكيل كان بجنسه يحرم الفضل ، وكذلك إذا باع الموزون ، أي موزون كان بجنسه يحرم الفضل م: (**فالعلة**) ش: أي علة الربا م: (**عندنا الكيل مع الجنس ، أو الوزن مع الجنس**) ش: هذا لفظ القدوري -رحمه الله- م: (قال) ش: أي المصنف -رحمه الله- : م: (**ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل**) ش: لأنه يتناولهما ، وليس كل واحد بانفراده يتناول آخر م: (**والأصل فيه**) ش: أي في باب حكم الربا م: (**الحديث المشهور**) ش: وهو الذي تلقته الأمة بالقبول ولشهرته ظن بعض العلماء -رحمهم الله- أنه متواتر .

وهو قوله عليه السلام : «**الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل ، يداً بيد والفضل ربا** » .

وليس كذلك لأنه لا يصدق عليه حد التواتر ، ولكنه مشهور تجوز الزيادة به على الكتاب ، وقال الجصاص : هذا الحديث يقرب من المتواتر لكثرة رواته م: (**وهو قوله عليه السلام**) ش: أي قول النبي ﷺ : (**الحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، يداً بيد، والفضل ربا**) ش: الحديث ورد في هذا الباب مروي عن جماعة من الصحابة .

وقال الكاكي : ومداره على أربعة نفر من الصحابة : عمر -رضي الله عنه- وعبادة بن الصامت ، وأبو سعيد الخدري -رضي الله عنهما- ومعاوية بن أبي سفيان -رضي الله عنه- ولم يقل شيئًا غير ذلك .

قلت: روي أيضًا عن بلال ، وأبي هريرة ، ومعمر بن عبد الله ، وأبي بكر ، وعثمان ، وهشام بن عامر ، والبراء ، وزيد بن أرقم ، وخالد بن أبي عبيد ، وأبي بكرة، وابن عمر ، وأبي الدرداء -رضي الله عنهم- فهؤلاء اثنا عشر نفرًا غير الأربعة الذين ذكرهم الكاكي فالجميع ستة عشر نفرًا من الصحابة -رضي الله عنهم- .

أما حديث عمر - رضي الله عنه - فرواه الأئمة الستة من رواية مالك بن أوس -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال : «**الورق بالورق ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر إلا هاء وهاء ، والشعير بالشعير إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر إلا هاء وهاء**».

وأما حديث عبادة بن الصامت فأخرجه الجماعة غير البخاري ، واللفظ للترمذي عن أبي الأشعث عن عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ قال : «**الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل، والتمر بالتمر مثلاً بمثل، والبر بالبر مثلاً بمثل، والملح بالملح مثلاً بمثل، والشعير بالشعير مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، وبيعوا البر بالشعير كيف شئتم يداً بيد** » .

وأما حديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - فأخرجه مسلم والنسائي عنه قال : قال رسول الله ﷺ : « **الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلاً بمثل يداً بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء** » .

وأما حديث معاوية صريحًا فلم أقف عليه ، وإنما ذكر في حديث أبي الدرداء أخرجه النسائي : حدثنا قتيبة عن مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار أن معاوية باع سقاية من ذهب أو ورق أكثر من وزنها ، فقال أبو الدرداء -رضي الله عنه- سمعت رسول الله ﷺ **ينهى عن مثل هذا إلا مثلاً بمثل** .

وأما حديث بلال -رضي الله عنه- فعند الطحاوي والطبراني وفيه قال : قال رسول الله

....

ﷺ: **«التمر بالتمر مثلاً بمثل، والحنطة بالحنطة مثلاً بمثل، والذهب بالذهب وزنًا بوزن، والفضة بالفضة وزنًا بوزن، فإذا اختلف النوعان فلا بأس واحد بعشرة»**[1].

وأما حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- فعند مسلم عن أبي زرعة عنه قال: قال رسول الله ﷺ: **«التمر بالتمر، والحنطة بالحنطة»** الحديث.

وأما حديث معمر بن عبد الله -رضي الله عنه- فعند مسلم في أفراده وفيه: كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول: **«الطعام بالطعام مثلاً بمثل ...»** الحديث.

وأما حديث أبي بكر -رضي الله عنه- فعند البزار في مسنده عن أبي رافع قال: سمعت أبا بكر الصديق -رضي الله عنه- يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: **«الذهب بالذهب والفضة بالفضة مثلاً بمثل الزائد والمستزيد في النار»**[2].

وأما حديث عثمان -رضي الله عنه- فعند مسلم، والطحاوي، عن سليمان بن يسار أنه سمع مالك بن أبي عامر يحدث عن عثمان بن عفان -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ قال: **«لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين»**.

وأما حديث هشام بن عامر، فعند الطبراني بإسناده عنه، وفيه: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق نسيئة»[3].

وأما حديث البراء وزيد بن أرقم فعند البخاري ومسلم -رضي الله عنهما- وفيه كلاهما قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق، والورق بالذهب دينًا.

وأما حديث فضالة بن عبيد -رحمه الله-، فعند أبي داود -رحمه الله- والطحاوي -رحمه الله- قال: كنا مع رسول الله ﷺ يوم خيبر . . . الحديث، وفيه: **«لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا وزنًا بوزن»**[4].

---

(١) حديث بلال: رواه البزار والطبراني في الكبير: فإذا اختلف النوعان فلا بأس واحد بعشرة. ورجال البزار رجال الصحيح إلا أنه من رواية سعيد بن المسيب عن بلال ولم يسمع سعيد من بلال. المجمع (٤/ ١١٣).

(٢) قال الهيثمي في المجمع (٤/ ١١٥): رواه أبو يعلى والبزار، وفي إسناد البزار حفص بن أبي حفص قال الذهبي: ليس بالقوي، وفي إسناد أبي يعلى محمد بن السائب الكلبي نعوذ بالله مما نسب إليه من القبائح.

(٣) قال الهيثمي في المجمع (٤/ ١١٤): رواه أحمد وأبو يعلى ورجال أحمد رجال الصحيح.

(٤) رواه أبو داود (٣/ ١٤٩) «باب في حلية السيف تباع بالدراهم» من طريق أبي شجاع سعيد بن يزيد عن خالد ابن أبي عمران عن حنش الصنعاني عن فضالة بن عبيد، وأخرجه من طريق ابن أبي جعفر عن الجلاح أبي كثير حدثني حنش الصنعاني عن فضالة بن عبيد. وإسناده صحيح.

وعد الأشياء الستة ، الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ، ويروى بروايتين ، بالرفع «مثل» وبالنصب «مثلاً» ، ومعنى الأول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر ،

وأما حديث أبي بكرة فعند النسائي والطحاوي قال : نهانا رسول الله ﷺ أن نبيع الفضة بالفضة إلا عينًا بعين سواء بسواء ، ولا نبيع الذهب بالذهب إلا عينًا بعين سواء بسواء[1] .

وأما حديث ابن عمر -رضي الله عنهما - فعند الطحاوي والحاكم في مستدركه وفيه أن ابن عمر -رضي الله عنه- قال : الدينار بالدينار والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما ، هذا ما عهد نبينا إلينا وعهدنا إليكم .

وأما حديث أبي الدرداء ، فقد مضى عن قريب .

ثم اعلم أن المصنف قال : قال رسول الله ﷺ : «**الحنطة بالحنطة**» بدأ بالحنطة ، وليس في الأحاديث المذكورة الابتداء بالحنطة كما رأيت ، ولكن الحنطة مذكورة في أثناء الحديث ، ولكنه ذكر ما ذكر في «المبسوط» فإنه قال فيه : بدأ أحمد- رحمه الله- الكتاب بحديث رواه عن أبي حنيفة - رحمه الله - عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله ﷺ قال : «**الحنطة بالحنطة** ...» الحديث .

ثم قال المصنف -رحمه الله - م: (**وعد الأشياء الستة**) ش: أي وعد النبي ﷺ فيما فيه ربا ستة أشياء م: (**الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال**) ش: أي مثلاً بمثل يدًا بيد في جميع ذلك م: (**ويروى**) ش: يعني يروى قوله مثلاً بمثل م: (**بروايتين بالرفع مثل ، وبالنصب مثلاً ، ومعنى الأول**) ش: أي الرفع م: (**بيع التمر**) ش: أي بيع التمر بالتمر مثل بمثل، فعلى هذا يكون ارتفاع مثل على أنه خبر للمبتدأ وهو قوله : بيع التمر فإنه مرفوع بالابتداء .

م: (**ومعنى الثاني**) ش: أي النصب م: (**بيعوا التمر**) ش: فالمعنى على هذا بيعوا التمر بالتمر حال كونه مثلاً بمثل ، فقوله : التمر منصوب على المفعولية ، ومثلاً نصب على الحال ، والتقدير حال كونهما متماثلين ، وأما وجه الرفع والنصب في قوله : يدًا بيد فما تعرض إليه المصنف ولا غالب الشراح غير أن الأترازي قال : قوله يدًا بيد ، مثلاً بمثل ، حال أي قابضًا يدًا بيد .

قلت: فيه ما فيه لأن على تقديره يكون انتصاب يدًا على المفعولية لا على الحال ، ولا يكون الحال إلا قوله قابضًا ، والكلام في أن نفس يدًا هو حال فكأنه لما علم أن من شرط الحال أن يكون من المشتقات ولفظ يد غير مشتق ، فقدر هذا التقدير فوقع فيما ينوب عنه .

والقاعدة في وقوع الحال في غير المشتقات أن يؤول بالمشتق فأولوا قوله : يدًا بيد على معنى

---

(١) أخرجه النسائي(٧/ ٢٨٠) من طريق عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه .

والحكم معلول بإجماع القائسين ، لكن العلة عندنا ما ذكرناه ، وعند الشافعي الطعم في المطعومات ، والثمنية في الأثمان ، والجنسية شرط ، والمساواة مخلص ، والأصل هو الحرمة عنده لأنه نص على شرطين : التقابض والمماثلة ، وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر ،

متناجزين م: (**والحكم**) ش: وهو حرمة الفضل م: (**معلول بإجماع القائسين**) ش: وهم الأئمة الأربعة وأصحابهم -رحمهم الله - واحترز به عن أهل الظاهر فإنهم ينفون القياس ويقولون : لا يكون الربا إلا في الأشياء الستة التي ذكرها رسول الله ﷺ وخصها بالذكر ، وهو أيضًا منقول عن طاووس وقتادة وعثمان البتي ، وأبي سليمان . قلنا : إنما ذكر هذه الأشياء لتكون دلالة على ما فيه الربا مما سواها مما يشبهها ، فالعلة فحيثما وجدت تلك العلة يوجد الربا .

م: (**لكن العلة عندنا ما ذكرناه**) ش: وهو قوله : القدر مع الجنس ، وعدوا هذا الحكم إلى كل مكيل أو موزون قوبل بجنسه حتى أثبتوا هذا الحكم في الجص والنورة ونحوهما لوجود الكيل وأثبتوه في الحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن .

م: (**وعند الشافعي الطعم**) ش: أي العلة في الربا الطعم م: (**في المطعومات والثمنية**) ش: أي كونها ثمنًا م: (**في الأثمان**) ش: وعدي هذا الحكم إلى كل ما صار ثمنًا بالاصطلاح كالدراهم المنقوشة والفلوس الرائجة ، وقيل بالثمنية المطلقة لا تتعدى إلى الفلوس والقطارفة كذا في المختلف ، وفي الروضة : والمراد بالمطعوم ما يعد للطعم غالبًا تقوتًا أو تأدمًا ، أو تفكهًا وغيرها ، فيدخل فيه الفواكه والحبوب والبقول والتوابل .

ويدخل الثمنية والتبر والمضروب والحلي والأواني من الذهب والفضة في تعدي الحكم إلى الفلوس إذا راجت ، وجه . والصحيح أنها لا ربا فيها لانتفاء الثمنية الغالبة ولا يتعدى إلى غير الفلوس من الحديد والنحاس والرصاص وغيرها قطعًا ، وبقول الشافعي -رضي الله عنه- قال أبو ثور ، وابن المنذر -رضي الله عنهما- : م: (**والجنسية شرط**) ش: أي شرط العمل العلة عليها حتى لا تصل العلة المذكورة عنده إلا عند وجود الجنسية ، وحينئذ لا يكون لها أثر في تحريم النساء ، فلو أسلم هرويًا في هروي جاز عنده ، وعندنا لا يجوز .

م: (**والمساواة مخلص**) ش: بفتح الميم وسكون الخاء أي موضع الخلاص ، يعني يتخلص بالمساواة عن الحرمة م: (**والأصل هو الحرمة عنده**) ش: أي عند الشافعي -رضي الله عنه- وكان حق الكلام أن يقال : والأصل هو الحرمة عنده والمساواة تختلص أي عند الحرمة .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشارع م: (**نص على شرطين**) ش: أحدهما هو قوله م: (**التقابض**) ش: يفهم من قوله : يدًا بيد والآخر هو قوله م: (**والمماثلة**) ش: يفهم من قوله : مثلاً بمثل م: (**وكل ذلك**) ش: أي وكل من الشرطين م: (**يشعر بالعزة والخطر**) ش: أي عند الشافعي -رضي الله عنه-

كاشتراط الشـهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب إظهار الخطر والعزة ، وهـو الطعم لبقاء الإنسان به والثمنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بـها ولا أثر للجنسية في ذلك ، فجعلناه شرطًا ، والحكم قد يدور مع الشرط . ولنا أنه أوجب المماثلة شرطًا في البيع ، وهو المقصود بسوقه تحقيقًا لمعنى البيع ، إذ هو ينبئ عن التقايل ،

م: (**كاشتـراط الشهادة في النكاح**) ش: فإن اشتـراط الشهـادة في عقـد النكاح لأجل إظهـار خطرها وعزتها دون سائر المعاملات م: (**فيعلل**) ش: أي إذا كـان الشرطان يشعـران بالعزة والخطر فيعلل الربا م: (**بعلة تنـاسب إظهـار الخطر والعـــزة وهو الطعم**) ش: في المطعومات م: (**لبقـاء الإنسان به ، والثمنيـة لبقـاء الأموال التي هي مناط المصـالح بها**) ش: أي تعلق مصـالح الإنسـان بالأمـوال والمناط مصدر ميمي من ناط الشيء ينوطه نوطًا أي علقه .

م: (**ولا أثر للجنسـية في ذلك**) ش: أي في إظهـار الخطـر والعـزة م: (**فجعلناه**) ش: أي جعلنا الجنس م: (**شـرطًا**) ش: لا علة م: (**والحكم قـد يدور مع الشـرط**) ش: بيـان هذا أن العلة إنما تعـرف بالتأثير وللطعم والثمنية أثر كما ذكرنا وليس للجنسـية أثر لكن لا تكميل إلا عند وجود الجنس فكان شرطًا لأن الحكم يدور مع الشرط وجودًا عنده لا وجوبًا به .

وقال الكاكي -رحمه الله - : قوله : والحكم قد يدور لدفع شبهة ترد على جعله الطعم علة أو الثمـنية علة ، وهو أن الحكـم يدور مع الجنسيـة كما يدور مع الطعم والثمنية عنده فلم يـجعل الجنسية علة كما جعلها خصمك علة الربا .

فأجاب عنها فقال : نعم كـذلك إلا أن العلة للوصف الذي له أثر في استجلاب ذلك الحكم لا لمجرد الدوران فإن الحكم قد يدور مع الشرط ، كـالرجم مع الإحصان مع الزنا فإنه يدور معه وجودًا وعدمًا ، ولا يدل على كونه علة ، وقال تاج الشريعة -رحمه الله- : ولأنه -عليه السلام- ذكـر من المطعـومـات أربعـة ، وهي أصـول الطـعم فـإن الحنطة أصل لقـوت بني آدم ، والشـعـير للدواب ، والتمر من الأصول تفكهًا ، والملح أصل لتطيب الأطعمة .

فتبين بذلك أن العلة هي الطعم ، أما إذا جعلت القدر مع الجنس يتمحض ذكر هذه الأشياء تكرارًا إذ صفة القدر فيهما لا يتنوع ، وحمل كلام الشارع على ما يفيده فائدة زائدة أولى م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن الحديث المذكور أو أن النبي ﷺ م: (**أوجب المماثلة شرطًا في البيع**) ش: بقوله : مثلاً بمثل ، لما مـر أنه حـال والأحـوال شـروط م: (**وهو المقـصود بسـوقه**) ش: أي وجـوب المماثلة هو المقصود بسوق الحديث لأحد معان ثلاثة . أشـار إلى الأول بقوله م: (**تحقيـقًا لمعنى البيع**) ش: أي لأجل تحقيق معنى البيع م: (**إذ هو**) ش: أي لأن البيع م: (**ينبئ عن التقايل**) ش: لأن البيع مبادلة المال بالمال لأن ما كان من باب المفاعلة يقتضي مقابلة كل جزء من أجزاء الآخر في متحد الجنس ، ولو فضل أحد العوضين لخلى ذلك الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقايل فلا تتحقق المعاوضة

وذلك بالتماثل ، أو صيانة لأموال الناس عن التوى ، أو تتميمًا للفائدة باتصال التسليم به ، ثم يلزم عند فوته حرمة الربا ، والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى ،

بل يكون استحقاقًا لذلك القدر .

وذا خلاف قضية المعاضة م: (**وذلك**) ش: أي التقايل يحصل م: (**بالتماثل**) ش: لأنه لو كان أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقايل من كل وجه ، وأشار إلى المعنى الثاني بقوله م: (**أو صيانة لأموال الناس عن التوى**) ش: أو صيانة عطف على قوله : تحقيقًا ، أي أو لأجل صيانة أموال الناس عن التوى أي الهلاك والتلف . لأن أحد البدلين إن كان أنقص من الآخر كان التبادل مضيعًا لفضل ما عليه الفضل ، يوضحه إذا كان الزائد خاليًا عن العوض ، وفيه تلف الزائد فاشترطت المماثلة حتى يتعين أموال الناس .

وإليه أشار النبي ﷺ بقوله : «**والفضل ربا** » أي الفضل على المتماثلين ربا ، يعني أن الذي نطق به القرآن بقوله : ﴿**وحرم الربا**﴾ المراد به هذا الفضل ، وأشار إلى المعنى الثالث بقوله : م: (**أو تتميمًا للفائدة**) ش: أي لأجل التتميم لفائدة البيع وهو ملك الرقبة قبل القبض وملك التصرف بعده م: (**باتصال التسليم به**) ش: أي بالتماثل ، يعني أن في النقدين لكونهما لا يتعينان بالتعيين شرطت المماثلة قبضًا بعد مماثلة كل منهما للآخر ولتتميم فائدة البيع وهو ثبوت الملك .

وفي «المبسوط» : صاحب الشرع أوجب المماثلة في الجنس الواحد تتميمًا للفائدة في حق المتعاقدين ، إذ لو كان أحد المعوضين أقل من الآخر تكون الفائدة تامة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر وفي إيجاب المماثلة إتمام الفائدة لكل واحد منهما م: (**ثم يلزم عند فوته**) ش: أي عند فوت التماثل الذي هو شرط الجواز م: (**حرمة الربا**) ش: لقوله - عليه السلام- : «**والفضل ربا** » م: (**والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى**) ش: هذا بيان عليه القدر والجنس لوجوب المماثلة ، لأن المماثلة بين الشيئين إنما تكون باعتبار الصورة والمعنى ، لأن كل محدث موجود بصورته ومعناه ، وإنما تقوم المماثلة بهما فالقدر عبارة عن التساوي في المعيار فيحصل به المماثلة صورة ، والجنس عبارة عن التشاكل في المعاني فتثبت به المماثلة معنى .

فإن قيل : حكم النص وجوب المماثلة فأي أثر للكيل والجنس في وجوب المماثلة؟ بل أثرهما في الوجود .

قلنا : المراد المقصود من الوجوب الوجود ولا يمكن الابتداء بالإيجاد إلا بالوجوب لأن الوجود يفضي إلى الوجوب ولا يمكن إيجاد المماثلة إلا بالقدر والجنس فيكون لهما أثر في وجود المماثلة وأضيف إليه لأن حكم النص إيجاب المماثلة ، وحرمة الفضل عند فوتهما كذا في «جامع قاضي خان» .

والمعيار يسوي الذات ، والجنسية تسوي المعنى ، فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا لأن الربا؛ هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ، ولا يعتبر الوصف لأنه لا يعد تفاوتًا عرفًا ، أو لأن في اعتباره سد باب البياعات أو لقوله عليه السلام : «جيدها ورديئها سواء » ،

م: (والمعيار يسوي الذات) ش: قال الجوهري : المعيار من عايرت المكاييل والموازين عياراً وعارت بمعنى ، ومعنى المعيار يسوى الذات أي الصورة ، فإن كيلاً من البر مماثل كيلاً من الذرة من حيث الصورة دون المعنى لعدم الجنسية م: (والجنسية تسوي المعنى) ش: فإن كيلاً من بر يساوي كيلاً من بر من حيث الصورة والمعنى ، أما صورة فظاهر وأما معنى فللجنسية .

والقفيز من الحنطة يساوي القفيز من الشعير من حيث الصورة والمعنى ، فإذا كان كذلك م: (فيظهر الفضل على ذلك) ش: أي على التساوي من حيث الصورة والمعنى م: (فيتحقق الربا ؛ لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) ش: قوله الخالي صفة للفضل، قوله : فيه أي في العقد م: (ولا يعتبر الوصف) ش: هذا جواب عما يقال : إذا كانت المماثلة شرطًا على ما قلتم ، فكيف أهدر التفاوت في الوصف وهو الجودة في أحد البدلين دون الآخر ، فأجاب بقوله : ولا يعتبر الوصف أي وصف الجودة والرداءة م: (لأنه) ش: أي لأن الوصف م: (لا يعد تفاوتًا عرفًا) ش: أي من حيث العرف فإن الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبر العلة ، ولهذا تصرف الأموال بالعدد دون الوصف فيقال : له مائة درهم أو دينار من غير اعتبار التفاوت بين الجيد والرديء . قال الأكمل -رحمه الله- : وفيه تأمل، لأنه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف، انتهى .

قلت: الكلام فيه من حيث الوصف لا من حيث الذات، والتفاضل في القيمة يرجع إلى الذات م: (أو لأن في اعتباره) ش: أي في اعتبار التفاوت في الوصف م: (سد باب البياعات) ش: في هذه الأشياء ، وهو مفتوح لأن بيع هذه الأشياء لا يجوز متفاضلاً ولا مجازفة فلم يبق إلا حالة التساوي ، ولو اعتبر المساواة في الوصف تسد بياعات هذه الأشياء بجنسها لأن الحنطة لا تكون مثل حنطة أخرى في الوصف لا محالة ، والبياعات بكسر الباء جمع بياعة ، وإنما جمعوا المصدر على تأويل الأنواع م: (أو لقوله عليه السلام) ش: أي ولا يعتبر الوصف لقول النبي ﷺ : م: (جيدها ورديئها سواء)[1] .

---

(١) قال الحافظ الزيلعي (٤/ ٥٠٩) : غريب ، ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد المتقدم في الحديث الأول ، انتهى .

قلت : حديث أبي سعيد المشار إليه رواه مسلم في صحيحه .

والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع ، والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه ، فلا معتبر بما ذكره ، إذا ثبت هذا فنقول: إذا بيع المكيل أو الموزون بجنسه يدًا بيد مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار،ألاترى إلى ما يروى مكان قوله « مثلاً بمثل » : كيلاً بكيل ،

ش: وهذا الحديث غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه- وقد مر في هذا الباب .

وذكر الأترازي -رحمه الله- وغيره هذا الحديث وسكتوا عنه م: (**والطعم والثمنية من أعظم وجوه المنافع**) ش: هذا جواب عن جعل الشافعي - رحمه الله- الطعم والثمنية علة للحرمة ، تقريره أن ذلك فاسد لأنهما يقتضيان خلاف ما أضيف إليهما لأنهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان الطريق فيه الإطلاق وهو معنى قوله :

م: (**والسبيل في مثلها**) ش: أي في مثل هذه الأشياء التي تتعلق بها أعظم وجوه المنافع م: (**الإطلاق**) ش: أي التوسعة م: (**بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضييق فيه**) ش: فإن السنة الإلهية جرت في حق الإنس وسائر الحيوانات ، إنما كان الاحتياج إليها أكثر فكان أمره في الوجود وإطلاق الشرع أوسع كالماء والهواء وعلف الدواب، وإذا كان كذلك كان تعليله بما يوجب التضييق تعليلاً بفساد الوضع م: (**فلا معتبر بما ذكره**) ش: أي بما ذكر الشافعي -رحمه الله- لا أنه علل بعلة وقعت فاسدة في مخرجها.

فإن قلت: الشافعي -رحمه الله - استدل بقوله -عليه الصلاة والسلام- : « **لا تبيعوا الطعام بالطعام** ».

قلت: قالوا هذا خبر لا يعرفه هو ولا ذكره أحد في كتاب مسند ، وإنما المروي : « **الطعام بالطعام مثلاً بمثل كيلاً بكيل** »[1] ، وهذا لا يتناول إلا ما يكال بعينه كذا في «شرح مختصر» الكرخي -رحمه الله - م: (**إذا ثبت هذا**) ش: أي ما ذكرنا أن العلة القدر والجنس عندنا مطعومًا كان أو غيره م: (**فنقول: إذا بيع المكيل أو الموزون**) ش: أي لو بيع الموزون م: (**بجنسه يدًا بيد مثلاً بمثل جاز البيع فيه لوجود شرط الجواز**) ش: أي جواز البيع .

م: (**وهو**) ش: أي شرط الجواز م: (**المماثلة في المعيار ، ألا ترى**) ش: توضيح المماثلة في المعيار ، فإن قوله : كيلاً بكيل بمنزلة التفسير لقوله : مثلاً بمثل، إذ كلام الشارع يفسر بعضه بعضًا م: (**إلى ما يروى مكان قوله : مثلاً بمثل كيلاً بكيل**) ش: أشار به إلى ما قلنا : إن قوله كيلاً بكيل بمنزلة التفسير إلى آخره.

---

(١) تقدم تخريجه .

وفي الذهب بالذهب وزنًا بوزن . وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربا ، ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا إلا مثلاً بمثل ؛ لإهدار التفاوت بالوصف . ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين ، والتفاحة بالتفاحتين لأن المساواة بالمعيار ، ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ، ولهذا كان مضمونًا بالقيمة عند الإتلاف،وعند الشافعي -رحمه الله- العلة هي الطعم ، ولا مخلص وهو المساواة فيحرم ، وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه ، ولو تبايعا مكيلاً أو موزونًا غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص

م: **(وفي الذهب)** ش: أي جاز المبيع أيضًا في الذهب إذا بيع م: **(بالذهب وزنًا بوزن)** ش: أي من حيث الوزن يعني متساويين م: **(وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربا)** ش: يفضل أحدهما على الآخر م: **(ولا يجوز بيع الجيد بالرديء مما فيه الربا)** ش: أي ما يتحقق فيه من الأشياء الربوية م: **(إلا مثلاً بمثل)** ش: يعني متماثلين متساويين م: **(لإهدار التفاوت في الوصف)** ش: أي لأجل إهدار التفاوت في وصف الجودة والرداءة شرعًا وعرفًا م: **(ويجوز بيع الحفنة)** ش: هي ملء الكف .

قال الأترازي -رحمه الله- : وقال الجوهري : الحفنة ملء الكفين من الطعام م: **(بالحفنتين ، والتفاحة)** ش: أي بيع التفاحة م: **(بالتفاحتين لأن المساواة بالمعيار)** ش: يعني المساواة بالكيل شرط م: **(ولم يوجد)** ش: لأنه لا كيل في الحفنة والحفنتين م: **(فلم يتحقق الفضل)** ش: لأن تحققه مبني على المساواة بالمعيار . فإذا لم يتحقق الفضل فلا يكون ربا واستوضح ذلك بقوله م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل أن الحفنة والحفنتين لا تدخل تحت المعيار الشرعي م: **(كان مضمونًا بالقيمة عند الإتلاف)** ش: إذ لو كان داخلاً تحت المعيار كان مضمونًا بالمثل عند الإتلاف كما في سائر المكيلات والموزونات، لأن المكيلات والموزونات كلها في ذوات الأمثال دون القيم م: **(وعند الشافعي-رحمه الله- : العلة)** ش: أي علة الربا م: **(هي الطعم)** ش: فلا يجوز بيع الحفنة بالحفنتين لوجود الطعم م: **(ولا مخلص وهو المساواة فيحرم)** .

ش: وفي «شرح الطحاوي» : ولو باع البطيخة ببطيختين أو تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين يجوز عندنا لعدم الكيل، وعنده لا يجوز لوجود الطعم، وكذلك إذا باع حفنة بحفنتين أو حبة بحبة أو تفاحة بتفاحة يجوز عندنا وعنده لا يجوز م: **(وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة ؛ لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه)** ش: أي بما دون نصف الصاع بخلاف النصف لأن الشرع ورد بالتقدير فيه كما في صدقة الفطر وغيرها .

وفي «المبسوط» : هذا إذا لم يدخل كل واحد من البدلين تحت النصف، أما إذا بلغ أحدهما النصف والآخر لم يبلغ أو أكثر من النصف حتى لو باع حفنة بقفيز لا يجوز، وفي « الأسرار» : ما دون الحبة من الفضة لا قيمة له م: **(ولو تبايعا مكيلاً أو موزونًا غير مطعوم بجنسه متفاضلاً كالجص**

والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس ، وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية . قال : وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة . والأصل فيه الإباحة ، وإذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة المحرمة وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء ، مثل أن يسلم هرويان في هروي أو حنطة في شعير ، فحرمة ربا الفضل بالوصفين ، وحرمة النساء بأحدهما ،

والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس ، وعنده) ش: أي وعند الشافعي -رحمه الله- م: **(يجوز لعدم الطعم والثمنية)** ش: وبه قال مالك -رحمه الله- في رواية : ولو تباعيا وزنًا بوزنين وهو مأكول أو مشروب كالدهن ، والزيت والرب والخل لا يجوز إلا وزنًا بوزن عند الكل لكن باختلاف التخريج أما عندنا فلوجود الجنس والوزن، وأما عند الشافعي وأحمد -رحمهما الله- في رواية لوجود الطعم .

وأما عند مالك -رحمه الله- فلوجود الادخار ، لأن عنده علة الربا الادخار والاقتيات .

م: **(قال)** ش: أي القدوري-رحمه الله-: م: **(وإذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم)** ش: المعنى المضموم هو القدر م: **(إليه)** ش: أي إلى الجنس كبيع الحنطة بالدراهم أو الثياب م: **(حل التفاضل والنساء)** ش: بفتح النون والمد وهو البيع إلى أجل م: **(لعدم العلة المحرمة)** ش: معناه أن علة حرمة الربا القدر والجنس فلما انعدم لم تثبت الحرمة وحل التفاضل والنَّساء ، لأن الحل هو الأصل لقوله تعالى : **﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا﴾** .

فإن قيل : عدم العلة لا يدل على عدم الحكم .

قلنا : الأصل جواز البيع مطلقًا والإباحة ، إلا أن الشرع اعتبر التحريم بوصفه ، فإذا وجد هذا الوصف قلنا بالتحريم وإلا نعمل بالأصل وهو معنى قوله م: **(والأصل فيه الإباحة)** ش: أي الأصل في البيع الإباحة إلا عند اعتبار الشرع التحريم م: **(وإذا وجدا)** ش: أي الوصفان م: **(حرم التفاضل والنساء لوجود العلة المحرمة وإذا وجد أحدهما)** ش: أي أحد الوصفين م: **(وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويان في هروي)** ش: أي الثوب الهروي .

وفي بعض النسخ : مرويان في مروي، وفيه عدم القدرة الذي هو أحد الوصفين، ويجوز فيه التفاضل بأن يباع واحد باثنين ، ولا يجوز أن يباع بالنسيئة م: **(أو حنطة في شعير)** ش: أي أو أسلم حنطة في شعير وفيه عدم الجنس، فيجوز فيه التفاضل ولا يجوز النساء كما إذا أسلم أحدهما في الآخر م: **(فحرمة ربا الفضل بالوصفين)** ش: القدر والجنس م: **(وحرمة النساء بأحدهما)** ش: أي بأحد الوصفين .

وقال الشافعي : الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل ، وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى . ولنا أنه مال الربا من وجه نظرًا إلى القدر أو إلى الجنس ، والنقدية أوجبت فضلاً في المالية فتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة ،

م: (**وقال الشافعي : والجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالنقدية**) ش: أي في جانب م: (**وعدمها**) ش: أي في جانب آخر م: (**لا يثبت إلا شبهة الفضل**) ش: لأن النسيئة عبارة عن تأخير المطالبة وهي ليست حقيقة الفضل إلا أن فيها تفاوت المالية حكمًا ، والتفاوت في المالية حقيقة أكثر تأثيرًا في التفاوت في المالية حكمًا ، ولا أثر له في المنع من جواز العقد حتى يجوز بيع ثوب بثوبين ، فالتفاوت حكمًا أولى . كذا قاله تاج الشريعة - رحمه الله- ، ويفهم منه معنى قوله : م: (**وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة أولى**) ش: أي بأن لا تكون مانعة ، بيانه على وجه الإيضاح : أن حقيقة الفضل غير مانع في الجنس حتى جاز بيع الهروي بالهرويين ، والعبد بالعبدين والشبهة أولى .

وقال الأكمل -رحمه الله- : قيل : ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة فإن القدر عنده كذلك ، فإنه يجوز إسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص .

ويمكن أن يقال : إنما خصه بالذكر لأن الحكم وهو حرمة النساء إنما لم توجد عنده في صورة الجنس وأما في صورة القدر فقد توجد ، فإنه لم يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة ، وكذا بيع الحنطة بالشعير وإن كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التقابض شرط في الصرف وبيع الطعام عنده م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن بيع النسيئة م: (**مال الربا من وجه نظرًا إلى القدر**) ش: أي إلى القدر وحده كما في الحنطة مع الشعير م: (**أو إلى الجنس**) ش: أي أو نظرًا إلى الجنس وحده كالثوب الهروي مع الهروي .

م: (**والنقدية أوجبت فضلاً في المالية فتحقق شبهة الربا**) ش: لأن الفضل من حيث النقدية فضل من حيث المعنى ، والنقد خير من النسيئة فمن الوجه الذي هو مال الربا أظهر الفضل من حيث النقدية في أحدهما ، وذلك شبهة الربا م: (**وهي**) ش: أي شبهة الربا م: (**مانعة**) ش: عن الجواز م: (**كالحقيقة**) ش: قال الأكمل في بحث من وجهين :

أحدهما : ما قيل أن كونه من مال الربا من وجه شبهة ، وكون الشبهة أوجبت فضلاً شبهة فصار بشبهة الشبهة ، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها .

والثاني : أن كونها شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون مطلقًا أو في محل الحقيقة ، والأول ممنوع والثاني مسلم لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه ، فيجب أن تكون الشبهة كذلك .

....

والجواب عن الأول : أن الشبهة الأولى في المحل والثانية في الحكم ، وثمة شبهة أخرى ، وهي التي في العلة ، وبشبهة العلة والعمل يثبت شبهة الحكم لا شبهة الشبهة ، وعن الثاني : أن القسمة غير حاضرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة كما أن الحقيقة مانعة في محلها إذا وجدت العلة بكمالها .

فإن قيل: بعض الشراح استدل للشافعي -رحمه الله- بما روي عن عبد الله بن عمرو بن العاص -رضي الله عنه- أن رسول الله ﷺ **« أمره أن يجهز جيشًا فبعدت الإبل فأمره أن يأخذ في قلائص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة »**[1] ، رواه أبو داود .

واستدل لأصحابنا بما رواه أبو داود -رحمه الله- أيضًا من حديث الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان نسيئة[2] ، ورواه بقية الأربعة .

وقال الأكمل -رحمه الله- : فإن قيل : ما قال المصنف لم يستدل للجانبين بهذه الأحاديث، ثم قال : فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق التأويلات منعاه عن ذلك . قلت: قيل : الجواب عن حديث عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - أنه كان في دار الحرب وقد أخذ عبد الله من أهل الحرب ولا ربا بينهما عندنا .

وقيل : إنه كان قبل تحريم الربا ، وقيل : حديث عبد الله بن عمر - رضي الله عنه- في طريق ابن إسحاق بطريق بقية وهو مدلس فلا يحتج به .

ولما أخرج الترمذي - رحمه الله - حديث سمرة قال : حديث سمرة حسن صحيح ، وسماع الحسن عن سمرة صحيح ، هكذا قال علي بن المديني وغيره ، والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم في بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وهو قول سفيان الثوري، وأهل الكوفة ، وبه يقول أحمد -رحمه الله- انتهى كلام الترمذي - رحمه الله - .

---

(١) حسن : رواه أبو داود (٣/ ٢٥٠) رقم (٣٣٥٧) وفيه محمد بن إسحاق وقد عنعن ورواه البيهقي(٥/ ١٢٨٨) من طريق ابن جريج أن عمرو بن شعيب أخبره عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص - نحوه .

قلت : وإسناده حسن .

(٢) رواه أبو داود (٣/ ٢٥٠) والنسائي (٧/ ٢٩٢) ورواه الترمذي(٣/ ٥٣٨) وابن ماجة (٢/ ٧٦٣) من طريق قتادة عن الحسن عن سمرة مرفوعاً .

قلت : وقدعنعن قتادة والحسن وهما مدلسان فضلاً عن الخلاف في سماع الحسن من سمرة .

ورواه ابن ماجة من طريق حجاج عن أبي الزبير عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « لا بأس بالحيوان واحداً باثنين يداً بيد » ، وكرهه نسيئة . **قلت** : وفيه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف ومدلس وقد عنعن .

إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعـفران ونحوه يجوز ، وإن جـمعهمـا الوزن ؛ لأنهما لا يتفـقان في صفة الوزن ، فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثمن يتعين بالتعيين ، والنقود توزن بالسنجات

وروي عن ابن عباس وجابر وابن عمر في هذا الباب أيضًا فحديث ابن عباس أخرجه الترمذي في كتاب العلل المفرد من حديث عكرمة عن ابن عباس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة[1] ، وحديث ابن عمر -رضي الله عنه- رواه الترمذي في العلل نحوه[2] ، وحديث جابر رواه ابن ماجة بلفظ : « **لا بأس بالحيوان واحد باثنين يدًا بيد** » وكره نسيئة .

م: **(إلا أنه)** ش: استثناء من قوله : وحرم النساء في قوله : فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء ، إلا أن الرجل م: **(إذا أسلم النقود في الزعـفران ونحوه)** ش: كالقطن والحديد م: **(يجوز وإن جمعهما الوزن)** ش: بيانه أن قوله : وحرم النساء بإطلاقه يتناول أن كل ما يوجد فيه أحد وصفي الربا من الجنس والقدر لا يجوز إلا إسلام أحدهما بالآخر وههنا يجوز إسلام النقود بالزعفران ونحوه مع وجود أحد الوصفين وهو الوزن .

فقال المصنف : م: **(لأنهما)** ش: أي لأن النقد والزعفران م: **(لا يتفـقان في صفة الوزن ، فإن الزعفران يوزن بالأمناء)** ش: وهو جمع المنا مقصور ، والتثنية منوان ، وقال الجوهري : المنا الذي يوزن به م: **(وهـو)** ش: أي الزعـفران م: **(مثـمن يتعين بالتـعيين)** ش: ولهـذا إذا اشـترى الدنانير أو الدراهم موازنة وقبض كان له أن يبيعه موازنة بدون إعادة الوزن .

وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن إذا اشترى موازنة ثم باع موازنة ، وهذا اختلاف بينهـما حكمًا ، فـإذا وجد الوزن في كل وجه يحرم النساء لوجـود أحد وصفي علة الربا ، لأنه حصل شبهة الربا ، وإذا وجد الاتفاق في الوزن من وجه دون وجه نزلت الشبهة إلى شبهة الشبهة ، والمعتبر هو الشبهة لا شبهة الشبهة م: **(والنقود توزن بالسنجات)** ش: بتحريك النون جمع سنجة ، وهو بالفارسية سنك ترازو ، وعن دريد بن السكيت : لا يقال بالسين بل هي بالصاد

---

(١) ضعيف : رواه البيهقي من طريق معمر عن يحيى بن أبي كثير عن عكرمةعن ابن عباس مرفوعاً ، ثم قال : رواه داود بن عبد الرحمن العطار عن معمر موصولاً وكذلك روي عن أبي أحمد الزبيري وعبد الملك بن عبد الرحمن الذماري عن الثوري عن معمر ، وكل ذلك وهم والصحيح عن معمر عن يحيى عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلاً ، ثم أورد الطريق المرسلة من طريق سفيان عن معمر - فذكره مرسلاً وقال ابن خزيمة : الصحيح عند أهل المعرفة بالحديث أن هذا الخبر مرسل ليس بمتصل . قال الشافعي : وأما قوله : أنه نهى النبي ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة فهذا غير ثابت عن رسول الله ﷺ . انظر سنن البيهقي (٥/ ٢٨٨) .

(٢) قال صاحب الجوهر النقي : أخرجه البيهقي في المعرفة وقال : تفرد به محمد بن دينار الطاحي وسئل ابن معين عنه فقال : ضعيف انتهى ، ثم قال : وقد ذكر الذهبي في الكاشف ابن دينار هذا وقال : حسنوا حديثه ، وفي الميزان قال أبو زرعة : صدوق وقال النسائي : ليس به بأس، وقال ابن عدي ، حسن الحديث .

وهو ثمن لا يتعين بالتعيين . ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن ، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز ، فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكمًا لم يجمعهما القدر من كل وجه ، فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة . قال : وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبدًا ، وإن ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح ،

صنجات ، وفي المغرب : الصنجات بالتحريك جمع صنجة بالتسكين .

وعن الفراء : السين أفصح ، والكر القبتي السين أصلاً ، قلت : الصواب مع الفراء لا يعرفه إلا من يعرف اللغة الفارسية م: (وهو) ش: أي النقود على تأويل ما يوزن بالسنجات م: (**ثمن لا يتعين بالتعيين**) ش: لأن النقدين لا يتعينان بالتعيين وقد مر غير مرة م: (**ولو باع بالنقود موازنة**) ش: أي لو باع الزعفران بالنقود، وفي بعض النسخ : ولو باع النقود موازنة بلا صرف الباقي أول النقود .

م: (**وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن ، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز**) ش: وقد أوضحنا عن قريب م: (**فإذا اختلفا**) ش: أي النقود والزعفران م: (**فيه**) ش: أي في الوزن م: (**صورة ومعنى وحكمًا**) ش: هذا على طريق اللف والنشر ، فقوله : صورة يرجع إلى قوله : يوزن بالأمناء ، وقوله : معنى يرجع إلى قوله : يتعين بالتعيين ، وقوله : وحكمًا يرجع إلى قوله : لا يجوز أي التصرف فيها لا يجوز م: (**لم يجمعهما القدر من كل وجه**) ش: أي لم يجمع النقود والزعفران القدر وهو الوزن من كل وجه ، بل من وجه دون وجه ، فإذا كان كذلك م: (**فتنزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة**) ش: فإن الموزونين إذا اتفقا كان المنع للشبهة ، وإذا لم يتفقا كان ذلك شبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة م: (**وهي**) ش: أي شبهة الشبهة م: (**غير معتبرة**) ش: لأن الشبهة هي المعتبرة ، ألا يقال : لم يخرجا بذلك عن كونهما موزونين فقد جمعهما الوزن لأن إطلاق اللفظ عليهما حينئذ بالاشتراك اللفظي ليس إلا ، وهو لا يفيد الاتحاد بينهما ، وصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة .

وقال الأكمل -رحمه الله- : وفي عبارة المصنف تسامح ، فإنه قال : إذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة ولهذا قال شمس الأئمة -رحمه الله- : بل نقول : اتفاقهما في الوزن صورة لا معنى ، وحكمًا إلا إذا حمل قوله : صورة على أن معناه حقيقة فافهم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وكل شيء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه كيلاً فهو مكيل أبدًا ، وإن ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والملح**) ش: حاصله أن ما كان مكيلاً على عهد رسول الله ﷺ لا يغير أبدًا عن ذلك بل يعتبر ما كان مكيلاً في

وكل ما نـص على تحريم التـفاضل فـيه وزنًا فهـو موزون أبدًا ، وإن ترك الـناس الوزن فيـه مثل الذهب والفـضـة ؛ لأن النصـأقـوى من العـرف والأقـوى لا يتـرك بالأدنى ، ومـا لم ينص عليـه فـهومـحـمول على عـادات الناس لأنهـا دالة ، وعن أبي يوسف أنه يعـتـبر الـعرف على خـلاف المنصـوص عليه أيضًـا لأن النص على ذلك لمكان العـادة فكانت هي المنظور إليهـا وقد تبـدلت ، فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسهـا متساويًا وزنًا أو الذهب بجنسه متماثلاً كـيلاً لا يجوز عندهما ، وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فـيه كما إذا باع مجازفة ، إلا أنه يجوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزنًا لوجود الإسلام في معلوم .

عهده .

ويشـتـرط فـيـه التسـاوي بالكيل ولا يلتـفت إلى التسـاوي في الوزن دون الكيل حـتى لو تسـاوى الحنطة بالحنطة وزنًا لا كـيلاً لم يجـز م: **(وكل مـا نص)** ش: أي رسـول الله ﷺ م: **(على تحريم التـفاضل فيه وزنًا فـهو موزون أبدًا ، وإن ترك الناس الوزن فـيه مثل الذهب والفـضة)** ش: كذلك يعتبر فيه التساوي بالكيل دون الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلاً لا وزنًا لم يجز .

وكـذلك الفـضـة بالفـضـة وذلك لأن طاعة النبي ﷺ واجبـة علينا م: **(لأن النص أقـوى من العرف)** ش: لكون النص حـجة على من تعارف وعلى من لم يتعـارف ، والمعروف ليس بحـجة إلا على من تعـارف به م: **(والأقـوى لا يتـرك بالأدنـى ، ومـا لم ينص)** ش: من النبي ﷺ م: **(عليه فـهو محمـول على عادات الناس لأنها دالة)** ش: أي لأن العـادات دالة على جـواز الحكم فيما وقعت عليه العادة لقوله ﷺ : « **ما رآه المسلمون حسنًا فـهو عند الله حسن** » ، وقوله ﷺ : « **لا تجتمع أمتي على الضلالة** » .

م: **(وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خـلاف المنصوص عليه أيضًا لأن النص على ذلك)** ش: أي على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كـان م: **(لمكان العادة)** ش: فيه م: **(فكانت)** ش: أي العـادة م: **(هي المنظور إليـها)** ش: في ذلك الوقـت م: **(وقد تبـدلت)** ش: أي تلك العادة فيجب أن يكون الحكم على وفاق ذلك .

م: **(فـعلى هذا لو باع الحنطة بجنسـها مـتسـاويًا وزنًا أو الذهب)** ش: أي أو باع ذهبًـا م: **(بجنسه متـماثلاً كيلاً لا يجـوز عندهما)** ش: أي عند أبي حنيفة ومـحـمد -رحـمهـما الله- م: **(وإن تعارفوا ذلك)** ش: وكلمة إن واصلة بما قبلها ، وعند أبي يوسف -رحمه الله - : يجوز إذا تعارفوا ذلك م: **(لتوهم الـفضل)** ش: من دليلهـما م: **(على مـا هو المعيـار فيـه كمـا إذا باع مجـازفة إلا أنه يجـوز)** ش: استثناء من قوله : لا يجوز عندهما أي لكن يجوز م: **(الإسلام في الحنطة ونحوها وزنًا)** ش: على ما اختاره الطحاوي -رحمه الله - م: **(لوجود الإسلام في معلوم)** ش: فإن المماثلة ليست بمعتبرة فيه ،

قال : وكـل ما ينسب إلى الرطل فـهو وزني ، مـعناه ما يبـاع بالأواقي لأنها قـدرت بطريق الوزن حـتى يحتـسب ما يبـاع بهـا وزنًا ، بخلاف سـائر المكاييل ، وإذا كـان موزونًا فلو بيع بمكيـال لا يعرف وزنه بمكيال مثله ؛ لا

إنما المعتبر هو الإعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم ، وذلك كما يحصل بالكيل يحصل بذكر الوزن ، وذكر في« التتمة» أنه ذكر في «المجرد» عن أصحابنا أنه لا يجوز فكان في المسألة روايتان .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: **(وكل مـا ينسب إلى الرطل)** ش: بكسر الراء وفتحها ، قال الجوهري -رحمه الله - : الرطل نصف منا مقصور ، ثم **قال** : هو الذي يوزن به ، وقال في كتاب يوحنا بن سرافيون : الرطل اثنتا عشرة أوقية ، وقال أيضًا : الرطل عشرون أستارًا والأستار ستة دراهم ودانقان ، أو قال : أربعة مثاقيل فعلى هذا فيما قيل إن الأوقية أربعون درهمًا نظر .

وقال أبو عبيد : وزن الرطل مائة درهم وثمانية وعشرون درهمًا وزن سبعة ، وفي «المغرب» : الرطل الذي يوزن به أو يكال به م: **(فهو وزني)** ش: خبر المبتدأ أعني قوله ، وكلما دخلت الفاء فيه لتضمنه الشرط قال المصنف -رحمه الله- م: **(معناه ما يباع بالأواقي)** ش: وكذا قال فخر الدين قاضي خان -رحمه الله- .

تفسيره أن ما يباع بالأواقي فهو وزني م: **(لأنها)** ش: أي لأن الأواقي م: **(قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنًا)** ش: حتى لو بيع شيء منها بجنسه متساويًا كيلاً يجوز لجواز التفضيل في الوزن ، وهذا لأنه يشق وزن الدهن بالأمناء والسنجات لأنه لا يتمسك إلا في وعاء ، وفي وزن كل وعاء نوع خرج فاتخذ الرطل لذلك .

«والأواقي» جمع أوقية بالتشديد وهي أربعون درهمًا وهي أفعولة من الوقاية لأنها تقي صاحبها من الضرر ، وعند الأطباء : الأوقية وزن عشرة مثاقيل وخمسة أسباع درهم، وهو أستار وثلثا أستار .

وفي «كتاب العين» : الأوقية وزن من أوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل م: **(بخلاف سائر المكاييل)** ش: متصلاً بقوله : لأنها قدرت يعني أن سائر المكاييل لم تقدر بالوزن فلا يكون للوزن فيه اعتبار .

وقال تاج الشريعة -رحمه الله- : قوله : بخلاف سائر المكاييل يعني أن ها هنا القدر بالوزن فيجوز البيع بالأوقية ، وإن كانت الأوقية كيلاً لأنها قدرت بالوزن م: **(وإذا كان موزونًا)** ش: يعني إذا ثبت أن ما ينسب إلى الرطل وزني م: **(فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا**

يجوز لتوهم الفضل في الوزن ، بمنزلة المجازفة . قال : وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام : « الفضة بالفضة هاء وهاء » ، معناه يداً بيد، وسنبين الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى . قال : وما سواه مما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقابض ، خلافًا للشافعي ـ رضي الله عنه ـ في بيع الطعام بالطعام . له قوله عليه الصلاة و السلام في الحديث المعروف : « يداً بيد ».

يجوز) ش: ولو كان سواء بسواء م: (لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة) ش: إنما قيد بقوله : لا يعرف وزنه بمكيال مثله لأنه إذا عرف وزنه جاز م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- في «مختصره» م: (وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان) ش: وهي النقود .

وقوله : وعقد الصرف كلام إضافي مبتدأ ، وقوله : ما وقع خبره ، وقوله م: (يعتبر) ش: خبرًا بعد خبر أي يجيب م: (فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (الفضة بالفضة هاء وهاء) ش: هذا الحديث أخرجه محمد بن الحسن في الأصل عن أبي صالح عن أبي سعيد الخدري -رضي الله عنه - قال : أشهد أني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة إلا هاء وهاء فمن زاد فقد أربى».

وروى الجماعة في كتبهم عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ : «الذهب بالورق ربًا، والبر بالبر إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربًا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربًا إلا هاء وهاء».

قوله : هاء ممدود على وزن هاع ومعناه خذ ، أي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه فيتقابضان ، وفسر المصنف بقوله م: (معناه يداً بيد) ش: وكذا قال الترمذي -رحمه الله- بعد أن روى حديث عمر -رضي الله عنه - : معنى قوله : إلا هاء وهاء بقول : يداً بيد، وقال تاج الشريعة -رضي الله عنه - : قوله يداً بيد أي قبضًا بقبض كنى باليد عنه لكونه آلة القبض ، ويقال : معنى يداً بيد عينًا بعين ، وكذا وقع في حديث مسلم عن عبادة وفيه : إلا سواء بسواء وعينًا بعين م: (وسنبين الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى) ش: هذه حوالة رابحة تأتي في باب المصرف .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله - : م: (وما سواه مما فيه الربا) ش: أي ما سوى عقد الصرف مما يجري فيه ربا كالمكيلات والموزونات غير الذهب والفضة م: (يعتبر فيه التعين ولا يعتبر فيه التقابض) ش: أي قبل التفرق بالأبدان م: (خلافًا للشافعي -رضي الله عنه- في بيع الطعام بالطعام) ش: فإن عنده التقابض في المجلس شرط فيه إن اتحد المجلس أو لم يتحد، كأن باع كر حنطة بكر حنطة أو بثمن فافترقا من غير قبض فإنه لا يجوز عنده، وبه قال مالك م: (له) ش: أي للشافعي -رضي الله عنه - م: (قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف: يداً بيد) ش: سواء

ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض ، وللنقد مزية فتتحقق شبهة الربا . ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف ، ويترتب ذلك على التعيين ، بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به ، ومعنى قوله ﷺ : « يداً بيد عينًا بعين » كذا رواه عبادة بن الصامت .

بسواء م: (**ولأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية**) ش: على غيرها م: (**فتتحقق شبهة الربا**) ش: وهي كالحقيقة في باب الربا.

م: (**ولنا أنه**) ش: أن ما سوى عقد الصرف مما يجري فيه الربا م: (**مبيع متعين**) ش: وكل ما هو متعين قد تعين بالتعيين م: (**فلا يشترط فيه القبض كالثوب**) ش: والعبد والدابة وغيرها م: (**وهذا**) ش: أي عدم اشتراط القبض فيما يتعين م: (**لأن الفائدة المطلوبة**) ش: بالعقد م: (**إنما هو التمكن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين**) ش: فلا يحتاج إلى القبض م: (**بخلاف الصرف**) ش: جواب عما يقال : لو كان الأمر كما قلتم لما وجب القبض في الصرف؟ فأجاب بقوله : بخلاف الصرف حيث يشترط فيه القبض م: (**لأن القبض فيه**) ش: أي في الصرف م: (**ليتعين به**) ش: أي بالقبض لأن النقود لا تتعين.

م: (**ومعنى قوله ﷺ**) ش: هذا جواب عن استدلال الخصم بالحديث ، أي معنى قول النبي ﷺ م: (**يداً بيد عينًا بعين**) ش: تقريره أن المعنى إذا كان عينًا بعين يعني معينًا بعين يدل على أن المراد منه التعيين ، إلا أن التعيين في الصرف لا يتحقق قبل التقابض فلأجل هذا اشترط التقابض.

م: (**كذا رواه**) ش: أي كذا روى عينًا بعين م: (**عبادة بن الصامت**) ش: حاصله أن الروايتين أعني يداً بيد وعينًا بعين كلتيهما وقعتا في حديث عبادة -رضي الله عنه- غير أن رواية عينًا بعين وقعت في رواية مسلم عنه وقد مضى كما ينبغي ، ثم اشتراط التعيين والتقابض جميعًا المدلول عليهما بالروايتين منتف بالإجماع المركب ، أما عندنا فلأن الشرط هو التعيين لا القبض ، وأما عند الشافعي - رضي الله عنه- فبالعكس فحينئذ لابد من حمل أحدهما على الآخر.

وقوله : يداً بيد يحتمل أن يكون المراد به القبض لأن اليد آلته ، ويحتمل أن يكون المراد التعيين لأنه إنما يكون بالإشارة باليد.

وقوله : عينًا بعين محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على الحكم .

فإن قيل: يلزمكم على هذا العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والمجاز لأنكم جعلتم يداً بيد بمعنى القبض في الصرف ، وبمعنى التعيين في بيع الطعام .

قلنا : لا نسلم ذلك لأن المراد في كلتا الصورتين التعيين ، إلا أن التعيين في كل موضع

وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتًا في المال عرفًا بخلاف النقد والمؤجل . قال : ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين لانعدام المعيار ، فلا يتحقق الربا

يختلف بحسب حاله ففي الدراهم والدنانير التعيين لا يكون إلا بالقبض إذ هما لا يتعينان في المعقود والفسخ فكان القبض هناك في ضرورة وجوب التعيين .

أما الطعام فما يتعين بالتعيين ثمنًا كان أو مثمنًا فلم يحتج في تعيينه إلى القبض .

فإن قيل: يشكل بما إذا باع إبريق فضة بجنسه فإنه يشترط القبض مع أنه يتعين بالتعيين .

قلنا : التعيين في الإبريق بعارض الصفة فاعتبر فيما يرجع إلى الاحتياط الأصل وهو الثمنية وعدم التعيين ، والشبهة في الربا كالحقيقة فاشترط القبض دفعًا لها .

وقال الأكمل -رضي الله عنه- : واعترض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم في أن الأثمان لا تتعين ، وأما الشافعي -رضي الله عنه- فليس بقائل به فلا يكون ملزمًا . والجواب: أنه ذكره بطريق البادي ههنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ما عرف في موضعه، وقال تاج الشريعة- رضي الله عنه- :

فإن قلت: روي أيضًا في رواية في حديث عبادة -رضي الله عنه- قبضًا بقبض وهذا صريح في الباب .

قلت: هذه رواية شاذة فلا يترك الحديث المشهور، وهو قوله : الحنطة بالحنطة ، مثلاً بمثل عينًا بعين بهذه الرواية .

م: **(وتعاقب القبض)** ش: جواب عن قوله : إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض فأجاب بقوله: وتعاقب القبض بوجهيه أن تعاقب القبض المانع الذي يعد تفاوتًا في المالية وههنا ليس كذلك لأن التعاقب ههنا م: **(لا يعتبر تفاوتًا في المال عرفًا)** ش: فإن التجار لا يفصلون بين المقبوض وغيره بعد أن يكون حالاً فلا يتحقق فضل أحدهما فيجوز م: **(بخلاف النقد)** ش: أي الحال م: **(والمؤجل)** ش: فإن فيهما التعاقب يعد تفاوتًا لأنهم يفصلون فيهما .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رضي الله عنه- في « الجامع الصغير » م: **(ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة بالجوزتين)** ش: قال الأترازي -رحمه الله- : إنما كرر هذه المسألة لأنها من مسائل «الجامع الصغير »، وقد علم حكمها قبل ذلك ، وكان القياس أن يذكرها عند قوله : ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين م: **(لانعدام المعيار)** ش: وهو الكيل م: **(فلا يتحقق الربا)** ش: يعني حكم النص وجوب التساوي بين البدلين فلا يشرع إلا في محل قابل له وهذا المحل لا يقبله فلم يشترط التساوي فيه فبقي على الأصل وهو الإباحة .

والشافعي- رحمه الله - يخالفنا فيه لوجود الطعم على ما مر . قال : ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -. وقال محمد ـ رحمه الله ـ : لا يجوز لأن الثمنية ثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما ، وإذا بقيت أثمانًا لا تتعين ، فصار كما إذا كانا بغير أعيانهما ، وكبيع الدرهم بالدرهمين

وقال الإمام التمرتاشي -رحمه الله- : هذا إذا كان البدلين نقدين ، أما إذا كان كلاهما أو أحدهما نسيئة لا يجوز لأن الجنس بانفراده يحرم النَّسَاء .

فإن قيل: الجوز والبيض في ضمان المستهلكات مثليين فينبغي أن لا يجوز بيع الواحد بالاثنين لشبهة الربا .

قلنا : لا مماثلة بينهما حقيقة للتفاوت صغراً وكبراً إلا أن الناس اصطلحوا على إهدار التفاوت في حق ضمان العددان فيعمل ذلك في حقهم دون الربا الذي هو حق الشرع ، كذا في «الذخيرة » .

م: **(والشافعي -رحمه الله - يخالفنا فيه)** ش: أي في بيع البيضة بالبيضتين ونحوها م: **(لوجود الطعم على ما مر)** ش: من أصله أن علة الربا عنده في المطعومات الطعم، وفي «شرح الطحاوي» : لو باع بطيخة ببطيختين أو تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين أو حفنة من الحنطة بحفنتين يجوز عندنا لعدم الكيل، وعند الشافعي -رضي الله عنه - لا يجوز لوجود الطعم .

وكذلك إذا باع حفنة بحفنة أو حبة بحبة أو تفاحة بتفاحة يجوز عندنا وعنده لا يجوز م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(ويجوز بيع الفلس بالفلسين بأعيانهما)** ش: قيد بأعيانهما احترازاً عما إذا باع بغير عين أحدهما أو كلاهما فإنه لا يجوز بالاتفاق لأن غير المعين إن كان كلا البدلين يلزم بيع الكالئ بالكالئ .

وإن كان أحدهما يلزم النساء . والجنس بانفراده يحرم النساء م: **(عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-)** ش: استحسانًا وبه قال الشافعي - رضي الله عنه- في قول م: **(وقال محمد- رحمه الله- : لا يجوز)** ش: وبه قال الشافعي - رضي الله عنه- في وجه م: **(لأن الثمنية)** ش: في الفلوس م: **(ثبت باصطلاح الكل)** ش: أي كل الناس م: **(فلا تبطل باصطلاحهما)** ش: لعدم ولايتهما على غيرهما م: **(وإذا بقيت أثمانًا لا تتعين)** ش: بالاتفاق م: **(فصار)** ش: حكمه م: **(كما إذا كانا بغير أعيانهما)** ش: حيث لا يجوز بالاتفاق م: **(وكبيع الدرهم بالدرهمين)** ش: أي وصار أيضًا حكمه كحكم بيع الدرهم بالدرهمين حيث لا يجوز بالاتفاق .

ولهذا تبين أن الفلوس الرائجة ما دامت رائجة لا تتعين بالتعيين حتى لو قوبلت بخلاف

ولهما أن الثمنية في حقهما تثبت باصطلاحهما ، إذ لا ولاية للغير عليهما ، فتبطل باصطلاحهما وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ، ولا يعود وزنيًا ؛ لبقاء الاصطلاح على العد ، إذ في نقضه في حق العد فساد العقد ، فصار كالجوزة بالجوزتين ، بخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة ، وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما لأنه كالئ بالكالئ وقد نهى النبي ﷺ عنه ،

جنسها ، كما إذا اشترى ثوبًا بالفلوس معينة فهلكت قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة م: **(ولهما)** ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- م: **(أن الثمنية)** ش: في الفلوس م: **(في حقهما تثبت باصطلاحهما)** ش: لا باصطلاح الناس م: **(إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل)** ش: أي الثمنية م: **(باصطلاحهما)** ش: يعني إذا ثبت الثمنية في حقهما باصطلاحهما كان لهما أن ينقضا ذلك الاصطلاح باصطلاح آخر .

م: **(وإذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين)** ش: لأنه عاد مثمنًا كما كان م: **(ولا يعود وزنيًا لبقاء الاصطلاح)** ش: أي اصطلاحهما م: **(على العد)** ش: تصحيحًا لتصرفهما .

وقال الكاكي -رحمه الله- : قوله : ولا يعود وزنيًا جواب لإشكال ذكره في «المبسوط» فقال : فإن قيل : تحت هذا الكلام فساد عظيم ، فإنه إذا خرج عن أن يكون ثمنًا في حقهما كان هذا قطعة صفر بقطعتي صفر وذلك لا يجوز في الوزني مجازفة فلم يكن في إبطال وصف الثمنية تصحيح هذا العقد ، قلنا : الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد، وهما أعرضا في هذه المبالغة عن اعتبار صفة الثمنية وما أعرضا عن اعتبار صفة العد فيها . وليس من ضرورة خروجها من أن يكون بينهما في حقهما خروجهما من أن يكون عدديًا كالجوز والبيض فإنه عددي وليس بثمني .

ثم إن المصنف استدل على بقاء اصطلاحهما في حق العد بقوله م: **(إذ في نقضه)** ش: أي في نقض الاصطلاح م: **(في حق العد فساد العقد)** ش: والحال أنهما قصدا صحة العد ولا صحة إلا بقاء العد م: **(فصار كالجوزة بالجوزتين)** ش: هذا بيان لانفكاك العددية عن الثمنية .

وبيع الجوزة بالجوزتين يجوز لانعدام المعيار فلا ربا فيه م: **(بخلاف النقود)** ش: جواب عن قول محمد -رحمه الله- كبيع الدرهم بالدرهمين م: **(لأنها)** ش: أي لأن النقود م: **(للثمنية خلقة)** ش: أي من حيث الخلقة لا من حيث الاصطلاح فلا تبطل الثمنية باصطلاحهما م: **(وبخلاف ما إذا كانا بغير أعيانهما)** ش: جواب عما قال محمد -رحمه الله- كما إذا كانا بغير أعيانهما فإن ذلك لم يجز .

م: **(لأنه كالئ بكالئ)** ش: أي لأن هذا العقد نسيئة بنسيئة ، وهو منهي عنه ، وهو معنى قوله م: **(وقد نهى النبي ﷺ عنه)** ش: هذا رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبزار -

وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء . قال : ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق ؛

رحمهم الله- في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : نهى رسول الله ﷺ أن يباع كالئ بكالئ، يعني دينًا بدين[1] .

ورواه ابن عدي في « الكامل » وأعله بموسى بن عبيدة ونقل تضعيفه عن أحمد -رحمه الله- قال: قيل لأحمد : إن شعبة يروي عنه قال: لو رأى شعبة ما رأينا منه لم يرو عنه ، وقال ابن عدي : والضعف على حديثه بيّن .

ورواه أبو عبيدة في كتاب «غريب الحديث» عن زيد بن الحباب عن موسى بن عبيدة إلى آخره نحوه ، وقال أبو عبيدة : هو النسيئة بالنسيئة ، وقال في «الفائق» : كلأ الدين كلوءًا فهو كالئ إذا تأخر ، وذكره الجوهري -رحمه الله- : في المهموز ، وقال : وكان الأصمعي يهمزه وينشد :

وإذا تباشرك الهمـــو   م فإنها كالئ وناجز

أي منها ما هو نسيئة ومنها ما هو نقد .

وقال أبو عبيدة : تكلأت أي استنسأت نسيئة ، وكذلك استكلأت كلأ بالضم وهو من التأخير، وقال أبو زيد - رحمه الله - : كلأت الطعام تكليًا أو كلأت أكلأتها إذا أسلفت فيه وما أعطيت في الطعام نسيئة من الدراهم فهو الكلاءة بالضم م: **(وبخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه)** ش: هذا جواب عما إذا كان أحدهما غير عين م: **(لأن الجنس بانفراده يحرم النساء)** .

ش: واعلم أن بيع الفلس بجنسه متفاضلاً على أربعة أوجه: بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما، وبيع فلس بعينه بفلسين بغير أعيانهما، وبيع فلس بغير عينه بفلسين بأعيانهما وبيع فلس بعينه بفلسين بأعيانهما والكل فاسد سوى الوجه الرابع ففيه الخلاف المذكور .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق)** ش: لا متساويًا ولا متفاضلاً ولا بالكيل ولا بغيره ، وبه قال الشافعي - رحمه الله - وأحمد -

---

(١) رواه الحاكم (٢/ ٥٧) والدارقطني البيوع (ص : ٣١٩) من طريق موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما مرفوعاً، وغلطهما البيهقي وقال : إنما هو موسى بن عبيدة الربذي قال= =الهيثمي في المجمع (٤/ ٨٠) : رواه البزار وفيه موسى بن عبيدة وهو ضعيف .

قال الزيلعي : رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر - مرفوعاً . ورواه ابن عدي في الكامل وأعله بموسى بن عبيدة (٦/ ٣٣٥) وأخرجه عبد الرزاق وفيه إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي وهو ضعيف .

لأن المجانسة باقية من وجه ؛ لأنهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل ، ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويًا كيلاً

رحمه الله - في رواية ، وهو قول الثوري أيضًا، ونقل عن الشافعي وأحمد -رحمهما الله - في رواية أنه يجوز بيع الحنطة بالدقيق متساويًا ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- في أظهر القولين، إلا أن مالكًا يعتبر الكيل ، وأحمد - رحمه الله - يجوز بالوزن فقالا : الدقيق نفس الحنطة إلا أن أجزاءها قد تفرقت فأشبه بيع حنطة صغيرة الحبات بحنطة كبيرة الحبات .

وكذا الخلاف في بيع الحنطة بالنخالة م: **(لأن المجانسة باقية من وجه)** ش: لأن بالطحن لم يوجد إلا تفريق الأجزاء م: **(لأنهما)** ش: أي لأن الدقيق والسويق م: **(من أجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل ، لكن الكيل غير مسو بينهما)** ش: أي لكن بين الدقيق والسويق م: **(وبين الحنطة لاكتنازهما)** ش: أي لاجتماعهما م: **(فيه)** ش: أي في الكيل م: **(وتخلخل حبات الحنطة)** ش: يقال: أجزاؤه متخلخلة أي في خلالها فرج فإذا كان كذلك صار كالمجازفة في احتمال الربا م: **(فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل)** ش: لعدم إشارة لأنه من جنسه من وجه وإن خص باسم الحر .

وفي «المبسوط »: لا يعرف التساوي بين الدقيق والحنطة فإن الدقيق لا يصير حنطة ولكن الحنطة تطحن، ولابد وإن بعد الطحن متساويان في المكيال أم لا فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر .

فإن قيل: ينبغي أن يجوز بيع الحنطة بالسويق لعدم الاكتناز في السويق .

قلنا : الحرمة باعتبار الشبهة وهي كافية لثبوت الحرمة فإن السويق في ضمن الحنطة فيتحقق شبهة الجنسية ، كما لا يجوز بيع المقلية بغير المقلية م: **(ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويًا كيلاً)** ش: متساويًا نصب على الحال ، وكيلاً نصب على التمييز أي حال كونه متساويًا من حيث الكيل .

وقال الكاكي - رحمه الله - : متساويًا حال، وكذا كيلاً حال ، والعامل في متساويًا بيع وفي كيلاً لفظ متساويًا ، وقال الأكمل - رحمه الله - : قيل: متساويًا وكيلاً حالان متداخلان لأن العامل في الأول بيع وفي الثاني متساويًا ، هذا نقله من كلام الكاكي - رحمه الله - ثم قال : ويجوز أن يكونا مترادفين .

قلت: الصواب هو الذي قلته لأن من شرط الحال أن يكون من المشتقات ، وكيلاً اسم غير مشتق لأن المراد به هي الآلة التي يكتال بها لا الكيل الذي هو مصدر كال يكيل كيلاً .

ولئن سلمنا وقوع الحال من غير المشتقات لكن حينئذ يؤول بالمشتق وههنا كيف يؤول فلا يتأتى من لفظه .

لتحقق الشرط ، وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلاً ولا متساويًا ، لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ، ولا بيع السويق بالحنطة ، فكذا بيع أجزائهما لقيام المجانسة من وجه . وعندهما يجوز ؛ لأنهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود . قلنا : معظم المقصود وهو التغذي يشملهما ، ولا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية

م: (**لتحقق الشرط**) ش: وهو المساواة في الكيل فيما هو مكيل، والكيل معيار شرعي في المكيل، وعن الإمام الفضلي : أنه يجوز إذا تساويا كيلاً إذا كانا مكبوسين، وفي الدقيق بالدقيق وزنًا روايتان . وفي الشامل : والدقيق بالدقيق ، والمقلي بالمقلي، في رواية يجوز متساويًا ، والمقلي بغير المقلي لا يجوز لانعدام التساوي بينهما . وفي «شرح الأقطع» : يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من النعومة . وفي «خلاصة الفتاوي» : سواء كان أحدهما أحسن أو أدق، وكذا بيع النخالة بالنخالة .

م: (**وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلاً ولا متساويًا ؛ لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة ، فكذا بيع أجزائهما**) ش: أي أجزاء المقلية وهي السويق وأجزاء الحنطة وهي الدقيق م: (**لقيام المجانسة من وجه**) ش: لأن السويق أجزاء حنطة مقلية ، وبقول أبي حنيفة -رحمه الله- قال الشافعي .

م: (**وعندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: (**يجوز لأنهما**) ش: أي لأن دقيق الحنطة وسويقها م: (**جنسان مختلفان**) ش: لاختلافهما في الاسم والهيئة والمعنى م: (**لاختلاف المقصود**) ش: لأن المقصود من الدقيق اتخاذ الخبز والعصائد، ولا يحصل شيء من ذلك في السويق، بل المقصود منه أن يلت بالسمن أو العسل، أو يشرب بالماء وكان التفاوت بينهما أظهر من التفاوت بين الهروي والمروي .

وأشار إلى الجواب عن هذا بقوله : م: (**قلنا: معظم المقصود وهو التغذي يشملهما**) ش: أي يشمل الدقيق والسويق. فقوله : معظم المقصود مبتدأ ، وقوله : يشملهما خبره . وقوله : وهو التغذي جملة معترضة بينهما م: (**ولا يبالي بفوات البعض**) ش: أي بعض المقصود م: (**كالمقلية مع غير المقلية**) ش: يعني لا يجوز لأنهما اعتبرا جنسًا واحدًا، وإن فات بعض المقاصد، لأن معظم المقاصد باق، والمقلية : المشوية من قلى يقلي إذا شوى، وقد طعنوا على محمد -رحمه الله- في هذا اللفظ ، لأنه لا يقال إلا مقلوه ، والمقلية المبعضة، وطعنهم عليه خطأ ، لأن محمدًا كان من الفصحاء في اللغة ، وهذا اللفظ جاء يائيًا وجاء واويا ، يقال: قليت السويق واللحم فهو مقلي وقلوت فهو مقلو لغة . كذا قال الجوهري : : غاية ما في الباب أن محمدًا ذكر الياء لأنه كان هذا المعروف عندهم .

والعلكة بالمسوسة . قال : ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد ـ رحمه الله ـ : إذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم ، والباقي بمقابلة السقط ، إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط ، أو من حيث زيادة اللحم ، فصار كالحل بالسمسم . ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون ، لأن الحيوان لا يوزن عادة ،

م: (**والعلكة بالمسوسة**) ش: يعني لا يجوز أيضًا، والحنطة العلكة - بفتح العين المهملة وكسر اللام- الجيدة . وقال ابن دريد : طعام علك تبين المضغة وهي التي تكون كالعلك من صلابتها بتمدد من غير انقطاع ، والحنطة المسوسة المدودة يقال : سوس الطعام إذا دود من السوس، وهو الذي يقع في الصوف والثياب والطعام ، يقال : حنطة مسوسة بكسر الواو المشددة .

وفي «الكافي» : بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح في الأصح لعدم التساوي بينهما لاكتناز أحدهما وتخلخل الآخر ، وبيع العلكة بالمسوسة يجوز لوجود تساوي بينهما . وفي «الذخيرة» : بيع المقلية بالمقلية يجوز متساويًا للمجانسة بينهما في كل ذمة، ولكن ذكر في «المبسوط» أنه لا يجوز والله أعلم بصحته .

م: (**قال : ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف**) ش: قال المزني وقال الشافعي، ومالك وأحمد : لا يجوز بيع اللحم بالحيوان لا بطريق الاعتبار ولا بغيره م: (**وقال محمد -رحمه الله- : إذا باعه**) ش: أي إذا باع اللحم م: (**بلحم من جنسه لا يجوز**) ش: قيد به لأنه إذا باع اللحم بلحم من غير جنسه ، كما إذا باع لحم البقر بلحم الشاة ، فإنه يجوز بالإجماع من غير اعتبار القلة والكثرة .

م: (**إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر**) ش: أي اللحم الخالص الصافي أكثر من اللحم الذي في الشاة م: (**ليكون اللحم**) ش: الذي هو المفرز م: (**بمقابلة ما فيه**) ش: أي في الحيوان م: (**من اللحم والباقي بمقابلة السقط**) ش: بفتح السين والقاف، وهو ما لا ينطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكرش والأمعاء والطحال م: (**إذ لو لم يكن كذلك**) ش: أي وإن لم يكن اللحم المفرز أكثر م: (**يتحقق الربا من حيث زيادة السقط**) ش: هذا على تقدير أن يكون اللحم الخالص أقل م: (**أو من حيث زيادة اللحم، فصار كالحل**) ش: بفتح الحاء المهملة وتشديد اللام، وهو من السمسم فلا يجوز بيعه م: (**بالسمسم**) ش: بالاتفاق إذا كان الحل أكثر من الدهن الذي في السمسم.

م: (**ولهما**) ش: أي لأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- م: (**أنه**) ش: أي أن البائع م: (**باع الموزون**) ش: وهو اللحم م: (**بما ليس بموزون**) ش: وهو الشاة ، فصح كبيع السيف بالحديد م: (**لأن الحيوان لا يوزن عادة**) ش: لأن الموزون حقيقة ما يمكن معرفة مقدار ثقله بالوزن، وهذا لا

ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن ؛ لأنه يخفف نفسه مرة ، ويثقل أخرى ، بخلاف تلك المسألة ؛ لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير . قال : ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة وقالا : لا يجوز لقوله عليه الصلاة و السلام حين سئل عنه: أو ينقص إذا جف ؟ فقيل : نعم ، فقال عليه الصلاة و السلام : « لا إذاً » .

يتحقق في لحم الشاة الحية ، وهو معنى قوله م: **(ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن، لأنه)** ش: أي لأن الحيوان م: **(يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى)** ش: باختصاصه بضرب قوة فيه ، فلا يدرى أن الشاة خففت نفسها أو أثقلت .

م: **(بخلاف تلك المسألة)** ش: أشار به إلى مسألة الحل بالسمسم م: **(لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين الثجير)** ش: بفتح الثاء المثلثة وكسر الجيم وسكون الياء وآخر الحروف الراء ، وهو تفل كل ما يعصر ، كذا في« المجمل» م: **(ويوزن الثجير)** ش: فيقع التمييز بينه وبين الدهن.

م: **(قال)** ش: أي القدوري في «مختصره» م: **(ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة)** ش: تفرد به أبو حنيفة بالقول بالجواز ، لأن الباقين من أهل العلم لا يجوزون ، وفيهم أبو يوسف ومحمد، أشار إليه بقوله م: **(وقالا : لا يجوز)** ش: وأجمعوا على أن بيع الرطب بالتمر متفاضلاً لا يجوز م: **(لقوله عليه الصلاة والسلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ م: **(حين سئل عنه)** ش: أي عن بيع الرطب بالتمر م: **(أو ينقص إذا جف ؟ فقيل : نعم ، فقال عليه الصلاة والسلام : لا إذاً)** ش: هذا رواه مالك في الموطأ والأئمة الأربعة في سننهم عن زيد بن أبي عياش عن سعد بن أبي وقاص -رضي الله عنه- قال : سمعت رسول الله ﷺ يسأل عن اشتراء التمر بالرطب، **فقال** رسول الله ﷺ : **« أينقص الرطب إذا يبس؟ » فقالوا : نعم ، فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك**[1] .

فإن قلت: قال الخطابي - رحمه الله - : وقد تكلم بعض الناس في إسناد هذا الحديث، وقال: زيد : أبو عياش مجهول .

قلت : ليس كذلك ، فإن أبا عياش هذا مولى لبني زهرة معروف ، وقد ذكره مالك -

---

(١) حسن : رواه مالك في الموطأ في البيوع . باب ما يكره من بيع التمر (ص٦٢٥) ورواه أبو داود (٣٣٥٩) والنسائي (٤٢٣٦) والترمذي (١٢٤٨) وابن ماجة (٢٢٦٤) من طريق مالك عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن زيد بن أبي عياش عن سعد بن أبي وقاص مرفوعاً ورواه الحاكم في المستدرك « باب النهي عن بيع الرطب بالتمر » وقال الذهبي في التلخيص : رواه السفيانان عن إسماعيل بن أمية عن عبد الله ابن زيد وقال الحاكم : وقد تابعهما يحيى بن أبي كثير على روايته عن عبد الله بن زيد . **قلت** : وزيد بن عياش صدوق .

وله أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدي إليه رطبًا : « أو كل تمر خيبر هكذا ؟ » سماه تمرًا ، وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ، ولأنه لو كان تمرًا جاز البيع بأول الحديث . وإن كان غير تمر فبآخره ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام : « إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم » ،

رحمه الله - في الموطأ . وأخرج حديثه مع شدة تحريه في الرجال ونقده وتتبعه لأحوالهم ، ولما أخرجه الترمذي قال : حديث حسن صحيح .

ورواه أحمد في «مسنده» ، وابن حبان -رحمه الله - في «صحيحه» ، والحاكم في «مستدركه» ، ولفظهم أن النبي ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر ، فقال : « أينقص الرطب إذا جف؟ » قيل : نعم ، قال : «فلا إذن»[1] ، وقال الحاكم : هذا حديث صحيح لإجماع أئمة النقل على إمامة مالك بن أنس ، وأنه محكم لكل ما يرويه .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة م: (أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (حين أهدي إليه رطبًا أو كل تمر خيبر هكذا ؟ سماه تمرًا) ش: أي سمى النبي ﷺ الرطب تمرًا .

قلت: هذا الحديث رواه البخاري عن أبي هريرة ، وأبي سعيد الخدري -رضي الله عنهما - في أربعة مواضع من صحيحه ، وليس فيها ذكر الرطب ، لأن لفظه أن النبي ﷺ بعث أخا بني عدي الأنصاري فاستعمله على خيبر فقدم بتمر خيبر ، فقال رسول الله ﷺ : « أكل تمر خيبر هكذا » قال : لا والله يا رسول الله الحديث، ولأجل ذلك قال الأترازي حين ذكر الحديث على ما في الكتاب : فيه نظر، لأن الهدية كانت تمرًا، والسفناقي والكاكي والأكمل -رحمهم الله - لم يحرروا هذا ونقلوا مثل ما في الكتاب ، والآفة في ذلك عدم مراجعتهم إلى كتب الحديث .

م: (وبيع التمر بمثله جائز لما روينا) ش: وهو قوله عليه الصلاة والسلام : «التمر بالتمر مثلاً بمثل» وقد مضى في حديث عبادة بن الصامت -رحمه الله- وغيره م: (ولأنه) ش: أي لأن الرطب م: (لو كان تمرًا جاز البيع بأول الحديث) ش: يعني الحديث الذي مضى ، فإن في أوله التمر بالتمر م: (وإن كان) ش: أي الرطب م: (غير تمر فبآخره) ش: أي فبآخر الحديث م: (وهو قوله عليه الصلاة والسلام) ش: أي قول النبي ﷺ : م: (إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم)[2] ش: قد ذكرنا في أوائل البيوع أن هذا الحديث بهذا اللفظ غريب، ولكن روى مسلم والأربعة حديث عبادة بن الصامت - رضي الله عنه- ، وفي آخره : « وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد».

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) تقدم تخريجه .

ومدار ما روياه على زيد بن عياش ـ رحمه الله ـ وهو ضعيف عند النقلة . قال : وكذلك الزبيب بالعنب ،

م: (ومدار ما روياه) ش: هذا جواب من جهة أبي حنيفة -رحمه الله- عن الحديث الذي احتجا به ، وهو حديث سعد بن أبي وقاص -رضي الله عنه - المذكور ، أي مدار ما رواه أبو يوسف ومحمد -رحمهما الله - من حديث سعد م: (**على زيد بن عياش -رحمه الله- وهو ضعيف عند النقلة**) ش: أي نقلة الحديث ، وهذا ليس بصحيح ، بل هو ثقة عند النقلة ومضى الكلام فيه عن قريب .

وقال الأترازي : ونقلوا التضعيف عن أبي حنيفة -رحمه الله - ولكن لم يصح ضعفه في كتب الحديث ، فمن ادعى فعليه البيان .

وقال الكاكي -رحمه الله- : وفي «المبسوط» دخل أبو حنيفة بغداد فسئل عن هذه المسألة ، وكانوا أشداء عليه لمخالفته الخبر ، فقال : الرطب لا يخلو إما أن يكون تمرًا أو لا إلى آخره ، فأوردوا عليه حديث سعد -رحمه الله - فقال : مداره على زيد بن عياش ، وهو ممن لا يقبل حديثه ، واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن ، حتى قال ابن المبارك -رحمه الله- : كيف يقال أبو حنيفة -رحمه الله - لا يعرف الحديث ، وهو يقول : زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه .

وقال الأكمل - رحمه الله - : سلمنا قوته في الحديث يعني قوة زيد بن عياش ، لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور ، ثم قال : واعترض بأن الترديد المذكور يقتضي أن بيع المقلية بغير المقلية جائز ، لأن المقلية إما أن تكون حنطة فيجوز بأول الحديث ، أو لا تكون ، فيجوز بآخره فمنهم من قال : ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع استدلال الخصم ، والحجة لا تتم به بل بينا من إطلاق اسم التمر عليه ، فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخل من حيث تنعقد صورتها إلى أن يدرك ، والرطب اسم لنوع منه كالبرني وغيره .

وقال الأترازي -رحمه الله - : قوله ومدار ما روياه على زيد بن عياش والمذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش .

قلت: وهم فيه وظن أن ذكر المصنف بأنه ابن عياش غير صحيح ، وليس كذلك ، بل هو ابن عياش - رحمه الله - وكنيته أبو عياش ، وكذلك وهم فيه الشيخ علاء الدين التركماني - رحمه الله- هكذا. وقال صاحب «التنقيح» : زيد بن عياش أبو عياش الزرقي ، ويقال : المخزومي ، ويقال : مولى بني زهرة المدني ليس به بأس .

م: (وقال: **وكذلك الزبيب بالعنب**) ش: أي كذا الحكم في بيع الزبيب بالعنب وأكثر النسخ :

يعني على هذا الخلاف ، والوجه فيه ما بيناه ، وقيل : لا يجوز بالاتفاق اعتبارًا بالحنطة المقلية بغير المقلية . والرطب بالرطب يجوز متماثلاً كيلاً عندنا ؛ لأنه بيع التمر بالتمر ، وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو اليابسة ، أو التمر أو الزبيب المنقع

وكذلك العنب بالزبيب م: **(يعني على هذا الخلاف)** ش: فعند أبي حنيفة -رحمه الله- يجوز إذا تساويا كيلاً ، وعندهما : لا يجوز تساويا أو تفاضلا كما قالا في الرطب بالتمر م: **(والوجه فيه)** ش: أي في بيع العنب بالزبيب م: **(ما بيناه)** ش: في بيع الرطب بالتمر ، وهو أن الزبيب مع العنب إن كان جنسًا واحدًا جاز بيع أحدهما بالآخر متماثلاً كيلاً ، وإن كانا جنسين جاز أيضًا لقوله -عليه الصلاة والسلام- : «وإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدًا بيد» .

م: **(وقيل: لا يجوز بالاتفاق اعتبارًا بالحنطة المقلية بغير المقلية)** ش: هذه الرواية تقوي قول من قال : الحجة إنما تتم بإطلاق اسم التمر عليه ، فإن النص لما أورد بإطلاق التمر على الرطب جعلا نوعًا واحدًا فجاز البيع مثلاً بمثل ، ولم يرد بإطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنفي المفسد ، كما في المقلية بغيرها .

م: **(والرطب بالرطب)** ش: أي بيع الرطب بالرطب م: **(يجوز متماثلاً كيلاً)** ش: أي من حيث الكيل م: **(عندنا)** ش: وبه قال مالك وأحمد والمزني ، وفي «حلية المؤمن» : وهو الاختيار م: **(لأنه بيع التمر بالتمر)** ش: وقال الشافعي -رضي الله عنه- : لا يجوز ، وكذا الخلاف في بيع العنب بالعنب ، وكذا في كل ثمرة عنه لها حالة جفاف كالتين والمشمش والخوخ والكمثرى والرومان الحامض والإجاص لا يجوز بيع رطبه برطبه ، كما لا يجوز بيع رطبه بيابسه ، لأنه لا يعرف قدر النقصان بينهما ، وقد يكون الناقص من أحدهما أكثر من الآخر ، كذا في «شرح جامع الوجيز» ، وكذا لا يجوز عنده بيع الباقل الأخضر بمثله .

م: **(وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة)** ش: أي أو بيع الحنطة الرطبة باليابسة م: **(أو التمر)** ش: أي أو بيع التمر م: **(أو الزبيب)** ش: أي أو بيع الزبيب م: **(المنقع)** ش: بضم الميم وسكون النون وفتح القاف من أنقع الزبيب إذا ألقي في الخابية ليبتل ويخرج منه الحلاوة . قال الأترازي : كذا قالوا بفتح القاف مخففًا ، ولكن المشهور بين الفقهاء منقع بالتشديد وعليه بيت المنظومة في باب محمد -رحمه الله- . قلت: الأصل إثبات التشديد في اللغة ، ولم يثبت إلا من باب الأفعال ، فقال الجوهري : ونقعت الدواء وغيره في الماء فهو منقع ونقع لما ينقع نقوعًا اجتمع . وقال ابن الأثير : وفي حديث الكريم يتخذونه زبيب فينقعونه ، أي يخلطونه بالماء ليصير شرابًا ، وكل ما ألقي في ماء فقد أنقع ، يقال : أنقعت الدواء وغيره في الماء فهو منقع والنقوع بالفتح ما ينقع في الماء من الليل ليشرب نهارًا وبالعكس .

بالمنقع منهما متماثلاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ . وقال محمد ـ رحمه الله ـ : لا يجوز جميع ذلك ؛ لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال . وأبو حنيفة يعتبر في الحال ، وكذا أبو يوسف عملاً بإطلاق الحديث ، إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما . ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد ،

والنقيع شراب يتخذ من زبيب أو غيره ينقع في الماء من غير طبخ م: (بالمنقع) ش: أي بالزبيب والتمر المنقع وغير المنقع ، أي وبيع غير المنقع م: (منهما متماثلاً) ش: أي من التمر والزبيب م: (عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله -) ش: .

م: (وقال محمد -رحمه الله - : لا يجوز جميع ذلك) ش: وبه قال الشافعي - رحمه الله- وقال الإمام الحلواني : إن الرواية محفوظة عن محمد أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لا يجوز إذا ابتلت الحنطة وانتفخت ، أما إذا لم تنتفخ بعد ذلك ، لكن ثبت من ساعته يجوز إذا تساويا كيلاً . كذا في «المحيط» و«الذخيرة » . وفي« المبسوط» ، وذكر في بعض نسخ أبي حفص قول أبي يوسف -رحمه الله - كقول أبي حنيفة -رحمه الله-، وهو قوله الأخير أما قوله الأول كقول محمد م: (لأنه) ش: أي لأن محمداً م: (يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال) ش: وهو حالة الجفاف كما ذهب إليه في بيع الرطب بالتمر بحديث سعد، إلا أن بيع الرطب بالرطب اعتبر المساواة في الحال .

م: (وأبو حنيفة يعتبر) ش: أي يعتبر أعدل الأحوال م: (في الحال) ش: عملاً بإطلاق الحديث المشهور، وهو الحديث الذي اعتبر فيه المماثلة في حالة المبيع ، وهو حديث عبادة وغيره م: (وكذا أبو يوسف) ش: أي وكذا يعتبر أبو يوسف أعدل الأحوال في الحال م: (عملاً بإطلاق الحديث) ش: يرجع إلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله - جميعًا م: (إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما روينا لهما) ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- من بيان دليلهما .

وأراد به قوله عليه الصلاة والسلام : «أينقص إذا جف؟» إلى آخر الحديث، وهو حديث سعد بن أبي وقاص -رضي الله عنه- فبقي الباقي على القياس والمخصوص من القياس بالأثر لا يلحق به إلا ما كان في معناه ، والحنطة الرطبة ليس في معنى الرطب من كل وجه، فالرطوبة في الرطوبة مقصودة ، وفي الحنطة غير مقصودة بل هو عيب ، فلهذا أخذ بالقياس .

م: (ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) ش: أراد بها بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة إلى آخره م: (وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيها) ش: أي في هذه الفصول م: (يظهر) ش: في المال م: (مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد عليه العقد) ش: أراد به بقاء اسم الحنطة والزبيب والتمر بعد

وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك ، فيكون تفاوتًا في عين المعقود عليه ، وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم ، فلم يكن تفاوتًا في المعقود عليه ، فلا يعتبر . ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز ؛ لأن البسر تمر ، بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد ؛ لأنه ليس بتمر ، فإن هذا الاسم له من أول ما تنعقد صورته لا قبله ، والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة . قال : ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم ، فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير؛ لأن عند ذلك

الجفاف ، فوجد التغيير في المعقود عليه فلا يجوز م: (**وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما**) ش: أي أحد البدلين م: (**على ذلك**) ش: أي على اسم التمر م: (**فيكون تفاوتًا في عين المعقود عليه**) ش: فيكون مفسدًا للعقد م: (**وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك الاسم**) ش: أي اسم الرطب على البدلين م: (**فلم يكن تفاوتًا في المعقود عليه فلا يعتبر**) ش: فيصح العقد .

م: (**ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً**) ش: ومتماثلاً م: (**لا يجوز لأن البسر تمر**) ش: لأن التمر اسم لثمرة النخل من أول ما ينعقد، صورتها وبيعه به متساويًا من حيث الكيل يدًا بيد جاز بالإجماع م: (**بخلاف الكفرى، حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد**) ش: أي الكيلان من التمر بكيل من الكفرى وبالعكس يدًا بيد .

«الكفرى» بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصور ، وهو اسم نوع من الطلع . وفي «المغرب» : و هو كم النخل أول ما يشق م: (**لأنه**) ش: أي لأن الكفرى م: (**ليس بتمر، فإن هذا الاسم له**) ش: أي التمر م: (**من أول ما تنعقد صورته**) ش: يعني التمر اسم لما يخرج من النخل من حين ينعقد ، صورته إلى أن يدرك م: (**لا قبله**) ش: أي لا قبل الكفرى ، لأنه يسبق ، واشتقاقه من الكفر وهو الستر، سمي به لأنه يستر ما في جوفه من التمر، ويسمى كافرًا وكفرًا أيضًا .

م: (**والكفرى عددي متفاوت**) ش: فهذا جواب إشكال يرد على قوله : إنه ليس بتمر فإنه إذا لم يكن تمرًا ينبغي أن يجوز إسلام التمر في الكفرى. فأجاب بقوله : والكفرى عددي متفاوت في الصغر والكبر، فلا يجوز ثم أوضح ذلك بقوله م: (**حتى لو باع التمر به**) ش: أي الكفرى م: (**نسيئة**) ش: أي إلى أجل م: (**لا يجوز للجهالة**) ش: لتفاوت آحاده ، لأنه عددي متفاوت.

م: (**قال**) ش: أي القدوري في« مختصره» م: (**ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت ، والسمسم**) ش: وبيع السمسم م: (**بالشيرج حتى يكون الزيت**) ش: في بيع الزيتون به م: (**والشيرج**) ش: أي ويكون بالشيرج في بيع السمسم به م: (**أكثر مما في الزيتون**) ش: في بيعه بالزيت م: (**والسمسم**) ش: في بيعه بالشيرج م: (**فيكون الدهن بمثله**) ش: أي بمثل الدهن ، بيانه أن الدهن الخالص إذا كان أكثره من الدهن الخالص بمقابلة الثجير، وهو الثفل م: (**والزيادة بالثجير ؛ لأن عند ذلك**) ش: أي عند

يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون ، وهذا لأن ما فيه لو كـان أكثر أو مساويًا له ، فالثجير وبعض الدهن أو الثجير وحده فضل ،

مقابلة الدهن بالدهن، ومقابلة الزائد بالثجير م: **(يعرى)** ش: أي العقد م: **(عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون)** .

ش: قال تاج الشريعة :

فإن قلت: ينبغي أن يجوز بيع الدهن بالسمسم كيفما كان لأن السمسم كيلي، والدهن وزني .

قلت: السمسم اشتمل على الدهن وهو المقصود منه ، وأنه وزني ، والتمييز ممكن، فاعتبر الدهن الذي فيه احتياطًا .

فإن قلت: لما كان المقصود هو الدهن ينبغي أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً، وينصرف الكثير إلى الدهن تصحيحًا للعقد .

قلت: السمسم له صورة يقصد إليها، ومعنى وهو الدهن ، فإذا بيع بجنسه تعتبر الصورة فوجبت التسوية إذا بيع بالدهن يعتبر المعنى ، فيجب التسوية بين الدهن المقر فيه، وبين الذي في السمسم عملاً بالشبهين . وفي «فتاوي قاضي خان» : إنما يشترط أن يكون الخالص أكثر من التفل في البدل الآخر شيء له قيمته ، أما إذا كان شيء لا قيمة له كما في الزبد يجوز بالمثل ، يروى ذلك عن أبي حنيفة -رحمه الله- .

وقال زفر : يجوز الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج مع الجهالة بأنه أكثر منه أو أقل أو متساويًا . وقال الشافعي -رضي الله عنه- : لا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج أصلاً، وكذا لا يجوز عنده بيع الجوز بدهنه ، واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه .

وفي «الكافي» : اعلم أن بيع أحدهما بالآخر على أربعة أوجه : إن علم أن الزيت الذي في الزيتون أكثر من الزيت المنفصل لم يصح لتحقق الفضل الخالي عن العوض من حيث زيادة الدهن والثجير، وكذا إن علم أنه مثله ، لأن التفل المسيل يكون فضلاً ، وإن كان الزيت المنفصل أكثر جاز، والفضل بالتفل ، وهذه الثلاثة بالإجماع، وإن لم يعلم أنه مثله أو أكثر منه أو أقل منه صح عند زفر، وعندنا لا يصح .

م: **(وهذا)** ش: إيضاح لبيان ماقبله م: **(لأن ما فيه)** ش: أي في الموزون م: **(لو كان أكثر أو مساويًا له ، فالثجير وبعض الدهن)** ش: يعني إذا كان بعض ما فيه أكثرم: **(أوالثجير وحده)** ش: أي ولو كان ما فيه مساويًا ، وقوله م: **(فضل)** ش: خبر قوله : فالثجير ، فإذا كان فضلاً يكون خاليًا عن العوض .

ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربا ، والشبهة فيه كالحقيقة ، والجوز بدهنه ، واللبن بسمنه ، والعنب بعصيره ، والتمر بدبسه على هذا الاعتبار . واختلفوا في القطن بغزله ، والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع . قال : ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً ، ومراده لحم الإبل والبقر والغنم ، فأما البقر والجواميس فجنس واحد ، وكذا المعز مع الضأن، وكذا العراب مع البخاتي .

م: (**ولو لم يعلم مقدار ما فيه**) ش: أي ما في الموزون م: (**لا يجوز لاحتمال الربا**) ش: لتوهم الفضل الذي كالمتحقق في هذا الباب ، وهو معنى قوله م: (**والشبهة فيه كالحقيقة**) ش: للاحتياط م: (**والجوز بدهنه**) ش: كلام إضافي مبتدأ ، وقوله م: (**واللبن بسمنه ، والعنب بعصيره ، والتمر بدبسه**) ش: معطوفات على المبتدأ . وقوله م: (**على هذا الاعتبار**) ش: خبره ، يعني أن الدهن الخالص ينبغي أن يكون أكثر ، حتى يجوز ، بيانه إذا كان الدهن الخالص أكثر من الدهن الذي في الجوز والسمن الخالص أكثر مما في اللبن والعصير الخالص أكثر مما في العنب والدبس الخالص أكثر مما في التمر جاز ، وإلا فلا .

م: (**واختلفوا**) ش: أي المشايخ -رحمهم الله - م: (**في القطن بغزله**) ش: أي في بيع القطن بغزل القطن متساويًا وزنًا . قال بعضهم : يجوز ، لأن أصلها واحد، وكلاهما موزون . وقال بعضهم : لا يجوز ، وإليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى ، لأن القطن ينقص إذا غزل، فصار كالحنطة مع الدقيق، واتفقوا في بيع القطن بالقطن أنه جائز ، وبيع المحلوج بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر جاز وإلا فلا . وفي «الإيضاح» و«الذخيرة »: بيع غزل القطن بالقطن لا يجوز متساويًا . وفي «فتاوي قاضي خان» : لا يجوز إلا متساويًا ، ولو خرجا أو أحدهما من الموزون فلا بأس ببيعهما متفاضلاً ، وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال. وعن محمد -رحمه الله- : بيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلاً ، وعندنا : لا يجوز مطلقًا، وفي «جمع العلوم» : بيع الجوزقة بالغزل جائز كيفما كان على الأصح ، وقيل: إنما يجوز بالاعتبار .

م: (**والكرباس**) ش: أي وبيع الكرباس م: (**بالقطن يجوز كيفما كان**) ش: يعني متساويًا أو غير متساوٍ م: (**بالإجماع**) ش: لاختلافهما من كل وجه ، لأن الكرباس بالصنعة صار شيئًا آخر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله - : م: (**ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلاً**) ش: وعن الشافعي -رضي الله عنه - لا يجوز بيع اللحوم المختلفة متفاضلاً . وفي الوجيز : وفي لحوم الحيوانات قولان ، أصحهما أنها مختلفة م: (**ومراده**) ش: أي مراد القدوري من قوله م: (**لحم الإبل والبقر والغنم ، فأما البقر والجواميس فجنس واحد، وكذا المعز مع الضأن ، وكذا العراب مع البخاتي**) ش: يعني جنس واحد. وقال الجوهري : الإبل العراب والخيل العراب خلاف البخاتي والبراذين .

قال : وكذلك ألبان البقر والغنم . وعن الشافعي لا يجوز لأنهما جنس واحد لاتحاد المقصود . ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة ، فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة .

وفي «المغرب» : يقال فرس عربي ، وخيل عراب ، وفرقه في الجمع بين الأناسي والبخاتي والبهائم جمع بختي منسوب إلى بخت نصر ، لأنه أول من جمعه بين العربي والعجمي . وقال الجوهري : البخت من الإبل معرب، وبعضهم يقول : هو عربي الواحد بختي ، والأنثى بختية، وجمعه بخاتي غير مصروف لأنه بزنة جمع الجمع ، ولك أن تخفف الياء .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**وكذلك ألبان البقر والغنم**) ش: يعني يصح بيع بعضها بالبعض متفاضلاً م: (**وعن الشافعي : لا يجوز لأنهما**) ش: أي اللحمان والألبان م: (**جنس واحد لاتحاد المقصود**) ش: أي من اللحم ، وهو التغذي والتقوي وائتلاف المقاصد بعد ذلك يرجع إلى الوصف . وفي كتبهم : اللحمان احتباس ، وهو ظاهر المذهب ، وهو اختيار المزني، انتهى .

وقال مالك : اللحوم ثلاثة أجناس : الطيور، والدواب أهليها ووحشيها ، والجريات . وبه قال أحمد -رحمه الله- في إحدى روايتيه كقول الشافعي -رضي الله عنه- : وفي رواية كقولنا .

وفي «شرح الطحاوي» : ولو باع لحوم الشاة بشحمها أو بأليتها أو لحمها بصوفها يجوز ذلك كيفما كان ، ولا يجوز نسيئة ، لأن الوزن يجمعهما . وأما صوف الشاة مع شعر البقر جنسان يختلفان ، ولو باع بعضها ببعض متفاضلاً يجوز، ولا يجوز نسيئة ، لأن الوزن يجمعها، وأما الرؤوس والأكارع والجلود يجوز يداً بيد كيفما كان ، ولا يجوز نسيئة لأنه لم يضبط بالوصف .

ولو باع لحم الإبل بلحم الغنم أو بلحم البقر أو لبنها بلبن الغنم أو بلبن البقر يجوز كيفما كان ، ولا يجوز نسيئة ، لأن الوزن يجمعهما ، وفي «الإيضاح» : روي عن أبي يوسف أنه يجوز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلاً ، وإن كان من نوع واحد لأنه لا يوزن في العادة .

م: (**ولنا أن الأصول**) ش: أي أصول اللحمان م: (**مختلفة**) ش: فكانت فروعها أجناسًا، والدليل على أن أصولها مختلفة قوله : م: (**حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة**) ش: يعني لا تكمل نصاب البقر بالإبل وبالغنم م: (**فكذا أجزاؤها**) ش: أي أجزاء الأصول م: (**إذا لم تتبدل بالصنعة**) ش: فإذا تبدلت تصير جنسين بسبب تبدلهما بالصنعة .

وإن كان أصلهما واحداً كالنذبنجي مع الودراي والهروي مع المروي ، قال الأكمل : فيه نظر، لأن كلامه في اختلاف الأصول لا في اتحادها ، فكأنه يقول : اختلاف الأصول يوجب

قال : وكـذا خل الدقل بخل العنب للاخـتلاف بين أصليـهمـا ، فكذا بين ماءيهـما ، ولهـذا كان عصيـراهما جنسين . وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاخـتلاف المقاصد . قـال : وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم ؛ لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافًا فاحشًا .

اختلاف الأجزاء إذا لم يتبدل بالصنعة ، وأما إذا تبدلت فلا توجبه ، وإنما توجب الاتحاد ، فإن الصنعة كما تؤثر في تغيير الأجناس مع اتحاد الأصل كالهروي مع المروي مع اتحادهما في الأصل وهو القطن .

كذلك يؤثر في اتحادهما مع اختلاف الأصل كالدراهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص إذا كانت الفضة غالبة ، فإنها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الأصول .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (وكـذا خل الدقل بخل العنب) ش: يعني يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً يدًا بيد، والدقل بالفتحتين رديء التمر م: (للاختلاف بين أصليهما) ش: لأن الدقل غير العنب م: (فكذا بين ماءيهما) ش: أي فكذا الاختلاف بين ماءيهما م: (ولهذا) ش: أي ولأجل الاختلاف بين ماءيهما م: (كان عصيراهما جنسين) ش: بإجماع الأئمة الأربعة .

فإن قلت: لم خص خل الدقل والحكم في خل كل تمر كذلك .

قلت: إجراء الكلام مجرى العادة لأنهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل .

م: (وشعر المعز وصوف الغنم جنسـان ، لاختلاف المقاصد) ش: فإن الحبال الصلبة والمسوح إنما تتخذ من شعر المعز أو اللفافة ، واللبد تتخذ من صوف الغنم .

فإن قلت: الشاة والمعز جنس واحد، ولهذا يملك نصاف أحدهما بالآخر، فينبغي أن تكون أجزاؤهما كذلك .

قلت: لما اختلفت المقاصد في الأجزاء جعلت مختلفة كألية الشاة مع لحمها، ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح الآخر، كما ذكرنا م: (قال: وكذا شحم البطن بالألية) ش: يعني يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً م: (أو باللحم) ش: أي أو شحم البطن باللحم فكذلك يجوز م: (لأنها) ش: أي لأن الشحم والألية واللحم م: (أجناس مختلفة لاختلاف الصور) ش: جمع صورة، واختلافها ظاهر، لأن الصور ما يحصل منه في الذهن عند تصوره.

ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء م: (والمعاني) ش: أي واختلاف المعاني، فلأن حقيقة كل واحد من هذه الأشياء تخالف حقيقة الآخر، ولهذا يقع على أحدهما اسم الشحم ، وعلى الآخر اسم الألية ، وعلى الآخر اسم اللحم م: (والمنافع اختلافًا فاحشًا) ش: أي واختلاف المنافع اختلافًا فاحشًا بحسب اختلاف اللحوم والشحوم والأليات .

قال : ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق متفاضلاً ؛ لأن الخبز صار عدديًا أو موزونًا ، فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه ، والحنطة مكيلة . وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه، والفتوى على الأول ،

فقال الأكمل : وأما اختلاف المنافع فمكانه الطب، وهذا قصور في حق الطالب، أما الألية فإنها حارة رطبة أكثر من الشحم تصلح لمن به برودة ويبوسة ، وتنفع العصب الجاسي ورديئة الغذاء والهضم .

وأما الشحم فمن ذكور الحيوانات أشد حرارة من شحم الإناث، وشحم الخصي أشد تسخينًا، فالجملة في هذا أن أصناف شحوم الحيوانات إنما تكون بحسب مزاجها ، وقوة كل شحم تسحق وترطب بدن الإنسان، ولكن إضافته قد تختلف في الزيادة والنقصان بحسب كل واحد من الحيوانات .

وأما اللحم فإنه غذاء يقوي البدن ، واللحوم الفاضلة في لحوم الضأن والثني من العجاجيل والماعز، ولحوم الصغار منها أقبل للهضم وألطف غذاء ، ولحوم الهرم والعجف رديء ، ولحم الأسود أخف وألذ، وكذا لحم الذكر ، وفي اللحم كلام كثير موضعه كتب الطب .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: **(ويجوز بيع الخبز بالحنطة ، والدقيق متفاضلاً)** ش: يعني إذا كان يدًا بيد م: **(لأن الخبز صار عدديًا أو موزونًا ، فخرج من أن يكون مكيلاً من كل وجه)** ش: بواسطة الصنعة م: **(والحنطة مكيلة)** ش: بالنص، وكذا الدقيق باعتبار أنه جزء الحنطة المكيلة ، ومن جعله وزنيًا باعتبار العرف لم يثبت الجنسية بينه وبين الخبز فلم يجمعها القدر من كل وجه، فلم تتحقق علة الربا، وهو وجود الوصفين .

م: **(وعن أبي حنيفة أنه لا خير فيه)** ش: أي في بيع الخبز بالحنطة والدقيق ، يعني لا يجوز، وهو نفي الجواز على وجه المبالغة لكونه نفي الجنس ، وهو قول الشافعي وأحمد -رضي الله عنهما - . وقال المصنف -رحمه الله- : م: **(والفتوى على الأول)** ش: يعني **على** جواز بيع الخبز بالحنطة والدقيق، وهو اختيار المتأخرين ، وذكر في «النوادر » **عن** أبي بكر أن بيع الحنطة بالخبز لا يجوز لا متفاضلاً ولا متساويًا .

وقال أبو الليث : هذا الجواب موافق قول أبي حنيفة خاصة كالحنطة بالدقيق. وفي «فتاوي قاضي خان» : بيع الخبز بالخبز متفاضلاً عددًا أو وزنًا جائز في قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - يدًا بيد ،

ولا خير فيه نسيئة عند أبي حنيفة -رحمه الله- إذ الخبز ليس بوزني ولا عددي عنده . وقال محمد : هو عددي ، وقال أبو يوسف : هو وزني إلا أن يكون قليلاً لا يدخل تحت الوزن،

وهذا إذا كانا نقدين ، فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضًا ، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف وعليه الفتوى ، وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح،ولا خير في استقراضه عدداً أو وزنًا عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر .

فيجوز الواحد بالاثنين وإن كان كثيراً لا يجوز .

وقال الشافعي -رضي الله عنه - : لا يجوز بيع الخبز بالخبز إذا كانا رطبين أو أحدهما . وقال أحمد : يجوز متماثلاً إذا كانا رطبين ، ولو كانا يابسين غير مدقوقين ففيه قولان : أحدهما : يجوز ، والآخر : لا يجوز ، ولو كانا يابسين غير مدقوقين لا يجوز لجهالة التماثل ، كما لو كانا رطبين أو أحدهما .

م: **(وهذا)** ش: أي جواز بيع الخبز بالحنطة أو بالدقيق م: **(إذا كانا نقدين ، فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضًا ، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف ، وعليه الفتوى)** ش: أي على قول أبي يوسف لا يجوز السلم في الخبز فيجوز عنده كيفما كان . وذكر خواهر زاده -رحمه الله- يجب أن يفتى على قول أبي يوسف -رحمه الله - لا محالة م: **(وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح)** ش: وهو قول أبي يوسف -رحمه الله- واحترز به عن قولهما كذا قاله الأترازي .

وقال الكاكي : احترز به بقوله في الصحيح عن ما روي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز ، وفي«المبسوط» : وأما السلم في الخبز فلا يجوز عند أبي حنيفة ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك . ومن أصحابنا من يقول : يجوز عندهما على قياس السلم في اللحم ، ومنهم من يقول : لا يجوز لأنه لا يوقف على حدة مضيًا ، وأنه يتفاوت بالعجز والنضج عند الخبز .

م: **(ولا خير في استقراضه عدداً)** ش: أي لا يجوز استقراض الخبز من حيث العدد م: **(أو وزنًا)** ش: أي أو استقراضه من حيث الوزن م: **(عند أبي حنيفة -رحمه الله- ، لأنه)** ش: أي لأن الخبز بالضم م: **(يتفاوت بالخبز)** ش: بالفتح من حيث الطول والعرض والغلظ والرقة م: **(والخباز)** ش: أي ويتفاوت أيضًا بالخباز ، لأن الخباز إذا كان حاذقًا في هذا الباب يجيء خبزه أحسن ما يكون ، وإلا فلا يجيء كما هو المطلوب م: **(والتنور)** ش: أي ويتفاوت أيضًا بالتنور ، لأنه إذا كان جديدًا يجيء خبزه جيدًا ، بخلاف ما إذا كان عتيقًا ، كذا قاله الشراح .

قلت: بحسب قوة نار التنور وضعفها ، فإن التنور إذا كانت ناره قوية يحترق وجه الخبز ولا ينضج لبابه ، وإذا كانت ضعيفة لا يتخبز جيدًا ، بل ينبغي أن تكون النار معتدلة م: **(والتقدم والتأخر)** ش: أي ويتفاوت أيضًا بحسب تقدم الخبز في أول التنور وتأخره إلى آخر التنور .

فإن في آخر التنور النار قوية يحترق الخبز بذلك ، وفي أوله : لا ينضج كما ينبغي ، والخباز إذا كان حاذقًا يدري كيف يرفض الخبز فيه .

وعند محمد يجوز بهما للتعامل . وعند أبي يوسف ـ رحمه الله ـ يجوز وزنًا ، ولا يجوز عددًا للتفاوت في آحاده . قال : ولا ربا بين المولى وعبده ؛ لأن العبد وما في يده ملك لمولاه ، فلا يتحقق الربا ، وهذا إذا كان مأذونًا له ولم يكن عليه دين ، فإن كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق ؛ لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ ، وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه .

م: (**وعند محمد : يجوز بهما**) ش: أي العدد والوزن م: (**للتعامل**) ش: أي لتعامل الناس كذلك، وكذا ذكره قول محمد في «شرح الطحاوي»، و«المختلف والحصر »، و«خلاصة الفتاوى»، وذكر الولوالجي وصاحب «الفتاوى الصغرى» أنه يجوز عند محمد -رحمه الله- عددًا ولم يذكر الوزن . وإن كان لا يجوز السلم فيه عنده لا وزنًا ولا عددًا قال الولوالجي : وكان محمدًا ترك القياس في جواز استقراضه عددًا لتعارف الناس كما ترك القياس بالعرف في جواز الاستصناع .

م: (**وعند أبي يوسف -رحمه الله - : يجوز**) ش: أي استقراض الخبز م: (**وزنًا**) ش: أي من حيث الوزن م: (**ولا يجوز عددًا**) ش: أي من حيث العدد م: (**للتفاوت في آحاده**) ش: أي لأجل التفاوت في أفراد الخبز ، فلا يتحقق التساوي فيه وعليه الفتوى . وفي«المجتبى» : باع رغيفًا نقدًا برغيفين نسيئة يجوز، ، ولو كان الرغيفان نقدًا والرغيف نسيئة لا يجوز .

ولو باع كسرات الخبز يجوز نقدًا ونسيئة كيفما كان عند صاحبه .

وللشافعي -رضي الله عنه - : في الاستقراض وجهان كما في السلم .

أحدهما : لا يجوز كما قال أبو حنيفة وهو الأصح عند صاحب «التقريب» .

والثاني : يجوز وبه قال أحمد وهو اختيار ابن الصباغ لحاجة العامة وإطباق الناس عليه وعلى قول يجوز استقراضه ، ويجب رد مثله وزنًا فيجب أن يكون القرض معلوم القدر ، كذا في «شرح الوجيز» .

م: (**قال**) ش: أي القدوري في «مختصره » م: (**ولا ربا بين المولى وعبده ، لأن العبد وما في يده ملك لمولاه ، فلا يتحقق الربا، وهذا**) ش: أي عدم كون الربا بين المولى وعبده م: (**إذا كان**) ش: أي العبد م: (**مأذونًا له**) ش: في التجارة .

م: (**ولم يكن عليه دين ، فإن كان عليه دين لا يجوز بالاتفاق ، لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة -رحمه الله - ، وعندهما تعلق به**) ش: أي بما في العبد م: (**حق الغرماء فصار**) ش: أي العبد م: (**كالأجنبي**) ش: من مولاه م: (**فيتحقق الربا كما يتحقق**) ش: أي الربا م: (**بينه**) ش: أي بين المولى م: (**وبين مكاتبه**) ش: لأن المكاتب صار كالحر يدًا أو تصرفًا في كسبه ، فيجري الربا بينه

قال : ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب ، خلافًا لأبي يوسف والشافعي . لهما الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا . ولنا قوله - عليه الصلاة السلام - : « لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب »

وبين مولاه ، كما يجري بينه وبين غيره .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب**) ش: أي ولا ربا أيضًا بين المسلم الذي دخل دار الحرب بأمان وباع درهمًا بدرهمين ، وكذا إذا باع خمرًا أو خنزيرًا أو ميتة أو قامرهم وأخذ المال كل ذلك يحل له إذا كان في دار الحرب عند أبي حنيفة ومحمد م: (**خلافًا لأبي يوسف والشافعي**) ش: ومالك وأحمد .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف والشافعي م: (**الاعتبار بالمستأمن منهم في دارنا**) ش: يعني المستأمن من أهل الحرب الذي دخل دارنا بأمان تجري الربا بينه وبين المسلم فكذلك يجري بينه وبين المسلم في دار الحرب قياسًا عليه بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع .

م: (**ولنا قوله عليه الصلاة والسلام**) ش: أي قول النبي ﷺ : م: (**لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب**)[1] ش: . هذا حديث غريب ليس له أصل مسند، وقال الكاكي : ولنا الحديث المذكور في المتن . وفي« المبسوط» : عن مكحول عن النبي ﷺ أنه قال : « **لا ربا بين المسلم...** » الحديث ، وهذا الحديث وإن كان مرسلاً فمكحول ثقة والمرسل من مثله مقبول .

وقال الأكمل : ولأبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله - ما روى مكحول إلى آخره ، ثم قال : ذكره محمد بن الحسن ، وذكره الأترازي ، كذا ثم قال : كذا في شرح أبي نضر . **قلت** : أسند البيهقي في «المعرفة» في كتاب السير عن الشافعي -رضي الله عنه- قال : **قال أبو يوسف**- رحمه الله - إنما قال أبو حنيفة -رضي الله عنه - هذا لأن بعض المشيخة ، حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال : « **لا ربا بين أهل الحرب** » أظنه قال : « **وأهل الإسلام** » **قال الشافعي** -رضي الله عنه - : **هذا ليس بثابت، ولا حجة فيه ، انتهى** .

---

(١) ضعيف : قال الحافظ الزيلعي في نصب الراية (٤/ ٥٢١) : غريب وأسند البيهقي في المعرفة - في كتاب السير عن الشافعي قال : قال أبو يوسف : إنما قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال : لا ربا بين أهل الحرب ، أظنه قال : وأهل الإسلام . قال الشافعي : وهذا ليس بثابت ولا حجة فيه . **قلت** : وهم المصنف فظن كلام أبي حنيفة حديث وعضد هذا بحديث مكحول وهو مرسل لا حجة فيه وهو مخالف لما عليه أهل الإسلام بأن أهل الذمة تجري عليهم أحكام الإسلام وهذا مع أهل الحرب وغيرهم لا تجوز معاملتهم بما حرم الله . والله أعلم .

ولأن مالهم مباح في دارهم ، فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالاً مباحًا إذا لم يكن فيه غدر ، بخلاف المستأمن منهم ، لأن ماله صار محظوراً بعقد الأمان .

قلت: لا نسلم عدم ثبوته لأن جلالة قدر الإمام لا تقتضي أن يجعل لنفسه مذهبًا من غير دليل واضح ، وأما قوله : ولا حجة فيه فبالنسبة إليه ، لأن مذهبه عدم العمل بالمرسلات إلا مرسل سعيد بن المسيب والمرسل عندنا حجة على ما عرف في موضعه ، والله أعلم .

م: **(ولأن مالهم)** ش: أي مال أهل الحرب م: **(مباح في دارهم)** ش: لأنه غير معصوم .

بل هو على أصل الإباحة م: **(فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالاً مباحًا إذا لم يكن فيه)** ش: أي في أخذه م: **(غدر)** ش: لأن الغدر حرام م: **(بخلاف المستأمن منهم)** ش: هذا جواب عن قياس أبي يوسف والشافعي -رضي الله عنهما- تقريره ما قاله بقوله م: **(لأن ماله)** ش: أي من المستأمن م: **(صار محظوراً)** ش: أي ممنوعًا أخذه م: **(بعقد الأمان)** ش: ولهذا لا يحل تناوله بعد انقضاء المدة .

وفي « الحجنى في الكنايه مستاه » : إن باشر مسلمًا أو ذميًا في دارهم أو من أسلم هناك شيئًا من العقود التي لا تجوز فيما بيننا كالربويات وبيع الميتة جاز عندهما خلافًا لأبي يوسف والأئمة الثلاثة ، والله أعلم بالصواب .

* * *

باب الحقوق

ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتريه بكل حق هو له ، أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ، ومن اشترى بيتًا فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الأعلى . ومن اشترى دارًا بحدودها فله العلو والكنيف ، جمع بين المنزل والبيت والدار ، فاسم الدار ينتظم العلو ؛ لأنه اسم لما أدير عليه الحدود ، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه ،

م: (باب الحقوق)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام الحقوق ، وهو جمع حق ، وهو ما يستحقه الرجل، وله معان أخرى ، منها الحق ضد الباطل . وقال بعض الشراح : كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيوع ، إلا أن المصنف التزم ترتيب «الجامع الصغير» ، وهناك هكذا وقع ، فكذا هنا وقبل الحقوق توابع فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع .

م: (**ومن اشترى منزلاً فوقه منزل فليس له الأعلى**) ش: أي لا يدخل في بيعه المنزل الأعلى م: (**إلا أن يشتريه بكل حق هو له**) ش: أي إلا أن يقول وقت شرائه المنزل : اشتريته بكل حق هو له م: (**أو بمرافقه**) ش: أي أو يشتريه بمرافقه بأن يقول : اشتريته بمرافقه . وفي «المغرب» : مرافق الدار المتوضأ والمطبخ ونحوهما الواحد مرفق بكسر الميم وفتح الفاء لا غير م: (**أو بكل قليل وكثير هو فيه**) ش: أي أو إلا أن يشتريه بكل قليل وكثير هو فيه، أي في المنزل .

م: (**أو منه**) ش: أي من المنزل، وهنا ثلاثة أشياء : المنزل والبيت والدار، وفسرها المصنف كلها ليتبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج إلى تصريح ما يدل على المرافق لدخولها وعدمه، فقال م: (**ومن اشترى بيتًا فوقه بيت بكل حق هو له لم يكن له الأعلى**) ش: أي البيت الأعلى .

م: (**ومن اشترى دارًا بحدودها فله العلو**) ش: الذي عليها م: (**والكنيف**) ش: أي وله الكنيف أيضًا، وهو المستراح م: (**جمع**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**بين المنزل والبيت والدار ، فاسم الدار ينتظم العلو**) ش: يعني يشمله من غير نص باسمه الخاص .

ومن غير ذكر الحقوق م: (**لأنه**) ش: أي لأن العلو م: (**اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الأصل وأجزائه**) ش: فلا يخرج عنها م: (**فيدخل فيه**) ش: أي في الأصل . وفي شرح نظم «الجامع الكبير» : الدار اسم في اللغة لقطعة أرض ضربت لها الحدود وميزت عما يجاورها بإدارة خط عليها فبين في بعضها دون البعض ليجمع فيها مرافق الصخر للاستراواح ومنافع الأبنية للإسكان وغير ذلك ، ولا فرق فيما إذا كانت الأبنية بالماء والتراب أو بالخيام والغاب .

والبيت اسم لما يبات فيه ، والعلو مثله ، والشيء لا يكون تبعًا لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص عليه . والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور ؛ إذ لا يكون فيه منزل الدواب ، فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعًا عند ذكر التوابع ، ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه . وقيل : في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك ؛

م: (**والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله**) ش: أي مثل البيت م: (**والشيء لا يكون تبعًا لمثله**) ش: لأن تبع الشيء أدنى منه لا محالة لا مثله ، وبين نتيجة هذا بقوله م: (**فلا يدخل فيه**) ش: أي يدخل العلو في شراء البيت م: (**إلا بالتنصيص عليه**) ش: أي على اسم العلو بذكره وإلا لكان الشيء تابعًا لمثله وهو لا يجوز ولا يرد على هذا المستعير ، فإن له أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعلين ولا يرد المكاتب أيضًا فإن له أن يكاتب .

لأن المراد بالتبعية ها هنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء يتبعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة ، لأنه ليس بلفظ عام يتناول الأفراد ، إذ فرض المسألة في معلوم ولا من لوازمه وليس في الإعادة والكتاب ذلك ، فإن لفظ المعير : أعرتك لم يتناول عارية المستعير أصلاً لا تبعًا ولا أصالة ، وإنما ملك الإعارة لأنها تمليك المنافع ، ومن ملك شيئًا جاز أن يملك لغيره .

وإنما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذاء وقوع التغيير به ، والمكاتب لما اختص بمكاتبه كان أحق بتصرف ما يوصله إلى مقصوده في كتابة عبده بسبب إلى ما يوصله إلى ذلك فكانت جائزة .

م: (**والمنزل بين الدار والبيت ، لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى**) ش: أي منافعها م: (**مع ضرب قصور**) ش: يعني لكن فيه قصور م: (**إذ لا يكون**) ش: أي لأنه لا يكون م: (**فيه منزل الدواب**) ش: وما يجري مجرى ذلك م: (**فلشبهه**) ش: أي فلشبهه المنزل م: (**بالدار يدخل العلو فيه تبعًا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بدونه**) ش: أي بدون ذكره ، لأن المنزل له منزلة بين المنزلتين .

وقال السرخسي : المنزل اسم لما يشتمل على بيوت ومطبخ وموضع قضاء الحاجة ، ولكن لا يكون فيه صحن . وفي «الفوائد» : المنزل اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيه ليلاً أو نهارًا .

والعلو وإن كان محلاً للنزول فيه فهو دون السفل في احتمال السكنى ، لأن السفل محتمل السكنى لنفسه ودوابه والعلو لا يحتمل السكنى للدواب ، فكان أصلاً من وجه تبعًا من وجه ، فلو ذكر الحقوق يدخل ، وإلا فلا ، فيكون منزلته دون منزلة الدار فوق منزلة البيت ، وهكذا ذكره في «جامع قاضي خان» .

م: (**وقيل : في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك**) ش: أي الدار والمنزل والبيت . وقال الإمام الزاهد العتابي في «شرح الجامع الصغير» : هذا -يعني الذي ذكره أولاً- في عرفهم وفي عرفنا

لأن كل بيت يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو ، وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعها ، ولا تدخل الظلة إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة لأنه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه . وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا ؛ لأنه من توابعه فشابه الكنيف . قال : ومن اشترى بيتًا في دار أو منزلاً أو مسكنًا لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له ، أو بمرافقه ، أو بكل قليل وكثير ، وكذا الشرب

يدخل العلو من غير ذكر في الفصول كلها ، لأن في عرفنا الدار والمنزل والبيت كله واحد . وقال المصنف : م: (**لأن كل بيت يسمى بالفارسية خانه**) ش: وفي بعض النسخ : لأن كل مسكن يسمى خانه م: (**ولا يخلو عن علو**) ش: يعني في عرف بلاد العجم يسمى كذلك ، سواء كان المسكن صغيرًا أو كبيرًا ، ولفظ خانه بالخاء المعجمة وفتح النون وهو اسم البيت بالعجمي .

م: (**وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف**) ش: وهو المستراح م: (**لأنه من توابعها**) ش: أي من توابع الدار . وفي بعض النسخ من توابعه . قال الكاكي : أي من توابع الدار ، لأنه يجوز فيه التذكير ، لأنه مؤنث غير حقيقي ، ولأن الدار اسم لما أدير عليه الحائط والكنيف مما أدير عليه الحائط ، فيكون من الدار فيدخل تحت بيع الدار بلا ذكر الحقوق .

م: (**ولا تدخل الظلة**) ش: وهي الساباط الذي أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الأسطوانات في السكة ومفتحة في الدار ، كذا في «الجامع الصغير لقاضي خان» ، وفي «المغرب» : قول الفقهاء ظلة الدار يريدون السدة التي تكون فوق الباب م: (**إلا بذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة**) ش: وهو قوله بكل حق هو له أو مرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه م: (**لأنه مبني**) ش: أي لأن الظلة على تأويل الساباط م: (**على هواء الطريق فأخذ حكمه**) ش: أي حكم الطريق .

م: (**وعندهما**) ش: أي وعند أبي يوسف ومحمد م: (**إن كان مفتحه**) ش: أي مفتح الظلة م: (**في الدار يدخل**) ش: أي في البيع م: (**من غير ذكر شيء مما ذكرنا**) ش: من المرافق والحقوق م: (**لأنه**) ش: أي لأن الظلة م: (**من توابعه**) ش: أي من توابع الدار م: (**فشابه الكنيف**) ش: حيث يدخل من غير ذكر شيء من الحقوق والمرافق .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في« الجامع الصغير» : م: (**ومن اشترى بيتاً في دار أو منزلاً**) ش: أي أو اشترى منزلاً م: (**أو مسكناً**) ش: أي أو اشترى مسكناً م: (**لم يكن له**) ش: أي للمشتري م: (**الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه**) ش: أو يشتري بمرافقه م: (**أو بكل قليل وكثير**) ش: هو منه أو فيه فيكون له الطريق حينئذ . وقال الكاكي : المراد الطريق الخاص في ملك إنسان .

قلنا : طريقها إلى مكة غير نافذة وإلى طريق عام فيدخل م: (**وكذا الشرب**) ش: بكسر

والمسيل ؛ لأنه خارج الحدود إلا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع ، بخلاف الاجارة لأنها تعقد للانتفاع ، ولا يتحقق إلا به ؛ إذ المستأجر لا يشتـري الطريق عادة ولا يستأجره ، فيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منها . أمـا الانتفاع بالمبيع فممكن بدونه لأن المشـتري عادة يشتريه وقد يتـجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة .

الشين المعجمة ، أي لا يدخل في الأرض م: (والمسيل) ش: وكذا مسيل الماء أو إلقاء الثلج في ملك إنسـان لا يدخل من غـير ذكـر مما ذكـرنا م: (لأنـه) ش: أي لأن كل واحـد من الطريق والشـرب والمسيل م: (خارج عن الحدود) ش: أي حدود المبيع فكانت هذه الأشياء أصلاً بنفسها من حيث أنه مقصود قيامها بدون المبيع م: (إلا أنه من التوابع) ش: من حيث أنه لا يقصد به .

وإنما يقصد بها الانتفاع بالمبيع فكانت تابعة م: (فيدخل بذكر التوابع) ش: أي بذكر الحقوق والمرافق . وفي «الذخيرة» بذكر الحقوق إنما يدخل الطريق الذي يكون عند البيع لا الطريق الذي كـان قبل البيع ، حتى أن من سد طريق منزله وجـعل له طريقاً آخر وباع المنزل بـحقوقه يدخل تحت البيع الطريق الثاني لا الطريق الأول .

م: (بخلاف الإجارة) ش: بهـذه تدخل هذه الأشـياء في الإجارة بدون ذكـر الحقـوق ، وبه قـال الشافعي- رضي الله عنه- : م: (لأنها) ش: أي لأن الإجارة م: (تعقد للانتفاع ولا يتحقق) ش: أي الانتفاع م: (إلا بـه) ش: أي بالطـريق م: (إذ المستـأجر لا يشتري الطريق عـادة ولا يستأجره ، فـيدخل تحصيلاً للفائدة المطلوبة منها) ش: أي من الإجارة ، بيان هذا أن البيع شرع لتمليك العين لا لتمليك المنفعة وهذا يصح فيما لا ينتفع به في الحال كالجحش والمهر الصغير والأرض السبخة والإجارة لا تصح فيه والإنسان قد يشتري ليبيعه ليربح ، وقد يشتريه للانتفاع .

فكان القـصد فيـه تملك العين لا الانتفاع لا مـحالة ، فلا ضـرورة في إدخـال هذه الأشياء في البيع ، فلا يدخل إلا بالذكر ، كذا في «جامع قاضي خان » .

وفي «الكافي» ولهـذا لو استـأجر علواً واستثنى الطريق فسـدت الإجارة . بخـلاف البيع ، فإنه لو اشترى علواً واستثنى الطريق صح ، لأن موجب البيع تمليك الرقبة والانتفاع من ثمراته ، أما الإجارة فللانتفاع ، ولا انتفاع بدون الطريق .

م: (أما الانتفاع بالمبـيع فممكن بدونه) ش: أي بدون الطريق م: (لأن المشتري عـادة يشتريه) ش: أي يشتري الطريق والشرب والمسيل ، ووحد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور م: (وقد يتجر فيه) ش: أي في شرائه م: (فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة) ش: المطلوبة .

***

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها وولدها ، وإن أقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ، ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلاً بها ، فيكون له . أما الإقرار حجة قاصرة يثبت الملك في المخبر به ضرورة صحة الإخبار ، وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ، ثم قيل : يدخل الولد في القضاء بالأم تبعًا .

م: (باب الاستحقاق)

ش: أي هذا باب في بيان حكم الاستحقاق ، وهو طلب الحق ، وذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً ومعنى .

م: **(ومن اشترى جارية فولدت عنده)** ش: أي عند المشتري وولدت من غير مولاها .

وفي «الكافي» ولدت لا باستيلاده م: **(فاستحقها رجل ببينة فإنه يأخذها)** ش: أي فإن المستحق يأخذ الجارية م: **(وولدها)** ش: أي يأخذ ولدها معها أيضاً م: **(وإن أقر بها)** ش: أي وإن أقر بالجارية م: **(لرجل لم يتبعها)** ش: أي لم يتبع الجارية م: **(ولدها)** ش: أي لا يأخذ المقر له الولد ويأخذ الأمة فقط م: **(ووجه الفرق)** ش: أي بين البينة والإقرار حيث يأخذ الجارية وولدها بالبينة فقط لا بالإقرار م: **(أن البينة حجة مطلقة)** ش: يعني غير مقتصرة على المقضي عليه فهي حجة في قول كافة الناس .

وفي «الكافي» البينة حجة متعدية حتى تظهر في حق كافة الناس والإقرار لا حتى يقتصر على المقر م: **(فإنها)** ش: أي فإن البينة م: **(كاسمها مبينة)** ش: من التبين وهو الإظهار ، وأصله من البيان وهو الظهور م: **(فيظهر بها)** ش: أي بالبينة م: **(ملكه)** ش: أي ملك الرجل المستحق م: **(من الأصل)** ش: يعني في حق الجارية والولد جميعاً م: **(والولد كان متصلاً بها)** ش: أي بالجارية م: **(فيكون)** ش: أي الولد م: **(له)** ش: أي للمستحق ، ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض .

م: **(أما الإقرار حجة قاصرة)** ش: فتظهر في حقه دون غيره م: **(يثبت الملك في المخبر به)** ش: أي مقصوراً على ما أقر به وهو الجارية م: **(ضرورة صحة الإخبار)** ش: أي لأجل ضرورة صحة إخبار المخبر م: **(وقد اندفعت)** ش: أي الضرورة م: **(بإثباته)** ش: أي بإثبات الملك م: **(بعد الانفصال)** ش: أي انفصال الولد فلا يظهر الإلحاق بالولد م: **(فلا يكون الولد له)** ش: ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن عند الاستحقاق بالإقرار م: **(ثم قيل)** ش: أشار بهذا إلى اختلاف المشايخ - رحمهم الله - في فصل الاستحقاق بالبينة في أن الولد في القضاء بالأم يدخل تبعاً أم لا .

فقال بعضهم م: **(يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً)** ش: أي تبعاً للأم لأنه لما ظهر الملك في

وقيل : يشترط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل ، فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد ؛ قال محمد- رحمه الله -: لا تدخل الزوائد في الحكم ، وكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعًا . قال : ومن اشترى عبدًا فإذا هو حر وقد قال العبد للمشتري : اشترني فإني عبد له ، فإن كان البائع حاضرًا أو غائبًا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء ، وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع ، وإن ارتهن عبدًا مقرًا بالعبودية فوجده حرًا لم يرجع عليه على كل حال . وعن أبي يوسف- أنه لا يرجع فيهما ؛

الجارية من الأصل يدخل في الأولاد م: **(وقيل يشترط القضاء بالولد)** ش: على حدة ، لأنه أصل يوم القضاء لكونه منفصلاً عن الأم ، فلا بد من الحكم كذا قيل وهو الأصح م: **(وإليه)** ش: أي إلى هذا القول وهو اشتراط القضاء بالولد م: **(تشير المسائل)** ش: وبين ذلك بقوله م: **(فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد)** ش: يعني إذا قضى القاضي بالأصل ولم يعرف الزوائد .

م: **(قال محمد - رحمه الله - لا تدخل الزوائد في الحكم)** ش: بالأصل ، فيجب الحكم بالزوائد أيضاً م: **(وكذا الولد إذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم)** ش: أي حكم القاضي م: **(بالأم تبعاً)** ش: أي من حيث التبعية للأم ، لأنها منفصلة من الأصل يوم القضاء في الولد لعدم دخوله إذا كان في يد الغائب في القضاء بالأم ، لأنه إذا دخل حينئذ يكون قضاء على الغائب .

م: **(قال)** ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: **(ومن اشترى عبداً فإذا هو حر)** ش: كلمة إذا للمفاجأة ، أي فظهر أنه حر م: **(وقد قال العبد)** ش: أي والحال أن العبد قد قال م: **(للمشتري: اشترني فإني عبد له)** ش: إنما قيد بهذين القيدين لأنه لو قال وقت البيع : إني عبد ولم يأمره بالشراء أو قال : اشترني ولم يقل : إني عبد لا يرجع عليه بالثمن في قولهم ، كذا ذكره الإمام التمرتاشي في جامعه محالاً إلى شيخ الإسلام خواهر زاده .

م: **(فإن كان البائع حاضراً أو غائباً غيبة معروفة)** ش: أي يدري مكانه م: **(لم يكن على العبد شيء)** ش: لأن البائع هو الذي أخذ ماله فوجب أن يسترد منه ، والعبد لم يأخذ منه شيئاً م: **(وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد)** ش: بالثمن على العبد ، لأنه غره حيث أمره بالشراء وأتلف ماله م: **(ورجع هو)** ش: أي العبد م: **(على البائع)** ش: إذا قدر عليه .

لأنه أدى عنه م: **(وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية)** ش: يعني إن ارتهن رجل عبداً قد أقر بأنه عبد للمرتهن م: **(فوجده حراً)** ش: أي فوجد المرتهن العبد وهو حر م: **(لم يرجع عليه)** ش: أي لم يرجع المرتهن على العبد بشيء م: **(على كل حال)** ش: أي سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً أية غيبة كانت .

م: **(وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيهما)** ش: أي إن كل واحد من البائع والمرتهن لا يرجع

لأن الرجوع بالمعاوضة أو بالكفالة ، والموجود ليس إلا الإخبار كاذبًا ، فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك ، أو قال العبد : ارتهني فإني عبد ، وهي المسألة الثانية . ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدًا على أمره وإقراره إني عبد ، إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامنًا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعًا للضرر والغرر ، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه ، والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الآمر به ضامنًا للسلامة كما هو موجبه ،

على العبد في البيع والرهن م: **(لأن الرجوع)** ش: إنما يكون م: **(بالمعاوضة)** ش: في المبايعة م: **(أو بالكفالة)** ش: أي أو بكفالة العبد بالثمن ولم يوجد واحد منهما م: **(والموجود ليس إلا الإخبار كاذباً)** ش: بأنه عبد .

وقال فخر الدين الحسن بن منصور بن محمود الأوزجندي المعروف بقاضي خان في شرح «الجامع الصغير» : وهذه المسألة دليل على أن العبد إذا كفل بثمن نفسه عن البائع صحت الكفالة، فإذا تعذر استيفاؤه من البائع يرجع عليه ثم يرجع العبد على البائع إذا حضر ، لأنه أدى ضماناً عليه م: **(فصار)** ش: حكم هذا م: **(كما إذا قال الأجنبي ذلك)** ش: بأن قال : اشتره فإنه عبد فظهر حراً إذا اشتراه فهو حر .

م: **(أو قال العبد: ارتهني فإني عبد)** ش: فظهر حراً ليس له عليه شيء م: **(وهي المسألة الثانية)** ش: وهي قوله وإن ارتهن عبداً مقراً بالعبودية م: **(ولهما)** ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد - رحمهما الله - م: **(أن المشتري شرع في الشراء معتمداً على أمره)** ش: أي أمر العبد حيث قال : اشترني فأنا عبد م: **(وإقراره)** ش: بقوله م: **(إني عبد ، إذ القول)** ش: أي لأن القول م: **(له في الحرية)** ش: أي للعبد لأنه متمسك بالأصل ، إذ الأصل الحرية م: **(فيجعل العبد بالأمر بالشراء)** ش: أي بقوله : اشترني م: **(ضامناً للثمن له)** ش: أي للمشتري م: **(عند تعذر رجوعه)** ش: أي رجوع المشتري م: **(على البائع دفعاً للضرر)** ش: عن المشتري م: **(والغرر)** ش: أي ولأجل الغرور من جهته .

والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض يجعل سبباً للضمان دفعاً للضرر بقدر الإمكان م: **(ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه)** ش: أي لا يعذر في الرجوع إلا في الذي لا يعرف مكانه لعدم القدرة عليه .

م: **(والبيع)** ش: كأنه جواب عما يقال من جهة أبي يوسف كيف فرقتم بين البيع والرهن في الرجوع وعدمه؟ فأجاب بقوله والبيع م: **(عقد معاوضة)** ش: يستحق العبد بها السلامة م: **(فأمكن أن يجعل الآمر)** ش: على وزن اسم الفاعل م: **(به ضامناً للسلامة)** ش: أي سلامة المبيع للمشتري م: **(كما هو موجبه)** ش: أي موجب البيع ، لأن موجبه سلامة المبيع للمشتري .

بخلاف الرهن ؛ فإنه ليس بمعاوضة ، بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف ، والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال ، فلا يجعل الآمر به ضامنًا للسلامة . وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور. ونظير مسألتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فإني قد أذنت له ، ثم ظهر الاستحقاق فإنهم يرجعون عليه بقيمته . ثم في وضع المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة ؛ لأن الدعوى شرط في حرية العبد عنده ، والتناقض يفسد الدعوى ،

م: (بخلاف الرهن فإنه ليس بمعاوضة) ش: وهو ظاهر م: (بل هو) ش: أي الرهن م: (وثيقة لاستيفاء عين حقه) ش: من غير عوض م: (حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال) ش: حتى إذا هلك يقع الاستيفاء . ولو كان معاوضة لكان استبدالاً برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام ، وكذا في بدل الصرف فلم يكن هذا غروراً في عقد المعاوضة ، فلا ينتهض سبباً للضمان ، ولهذا قلنا : لو سأل رجل غيره عن أمن الطريق فقال : له سلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فسلب اللصوص أمواله لا يضمن المخبر بشيء ، لأنه غرور فيما ليس بمعاوضة .

وكذا لو قال : كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل ثم ظهر بخلافه لا يضمن أيضاً م: (فلا يجعل الآمر به) ش: يعني إذا لم يكن معاوضة لم يجعل الآمر به م: (ضامناً للسلامة) ش: فلا يجب عليه شيء .

م: (وبخلاف الأجنبي) ش: عطف على قوله : بخلاف الرهن ، يعني إخبار الأجنبي بكونه عبداً لا يفضي إلى البيع م: (لأنه) ش: أي لأن الأجنبي م: (لا يعبأ) ش: أي لا يبالي م: (بقوله) ش: لعدم الاعتماد على قوله م: (فلا يتحقق الغرور) ش: بقوله لعدم الاكتراث به .

م: (ونظير مسألتنا) ش: وهي أن الغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض جعل سببًا للضمان نظير م: (قول المولى) ش: للناس من أهل السوق م: (بايعوا عبدي هذا فإني قد أذنت له) ش: في التجارة ، فبايعوه ولحقه ديون م: (ثم ظهر الاستحقاق) ش: أي ثم ظهر أنه حر م: (فإنهم) ش: أي فإن الذين بايعوه م: (يرجعون عليه) ش: أي على المولى بديونهم م: (بقيمته) ش: أي بقدر قيمته بحكم الغرور م: (ثم في وضع المسألة) ش: بقوله فإذا هو حر م: (ضرب إشكال على قول أبي حنيفة ؛ لأن الدعوى شرط في حرية العبد عنده) ش: أي عند أبي حنيفة .

وقوله : أنا حر بعد قوله : أنا عبد متناقض م: (والتناقض يفسد الدعوى) ش: فكيف تثبت الحرية .

وأجابوا عنه بجوابين .

وقيل: إن كان الوضع في حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم . وقيل : هو شرط ، لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق ، وإن كان الوضع في الإعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به ، فصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة . قال : ومن ادعى حقًا في دار معناه حقًا مجهولاً ، فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا ذراعًا

أشار المصنف إلى الجواب الأول بقوله م: (**وقيل : إن كان الوضع في حرية الأصل**) ش: فلقبول البينة وجهان : أحدهما ما قاله عامة المشايخ ، وهو عدم اشتراط الدعوى لقبول الشهادة على حرية الأصل وهو معنى قوله م: (**فالدعوى فيها ليس بشرط عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**لتضمنه تحريم فرج الأم**) ش: أي لتضمن الدعوى ، أي دعوى حرية الأصل ، وذكر الضميرالراجع إلى الدعوى على معنى الادعاء .

وأشار إلى الوجه الثاني بقوله م: (**وقيل هو شرط**) ش: أي الدعوى شرط على تأويل الادعاء م: (**لكن التناقض**) ش: هنا لم يمنع صحة الدعوى ، فإنه م: (**غير مانع لخفاء العلوق**) ش: أي حال العلوق ، وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض معفو ، وقوله م: (**وإن كان الوضع في الإعتاق**) ش: هو الجواب الثاني أراد أنه إن كان المراد به الحرية بعتاق عارض م: (**فالتناقض**) ش: في الدعوى م: (**لا يمنع**) ش: صحة الدعوى في المعتق ، لأنه أمر يجري فيه الخفاء .

م: (**لاستبداد المولى به**) ش: أي لتفرد المولى بالإعتاق ، فربما لا يعلم العبد إعتاقه ثم يعلم بعد ذلك م: (**فصار**) ش: هذا م: (**كالمختلعة**) ش: أي كالمرأة التي اختلعت م: (**تقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل الخلع**) ش: فإنه يقبل ذلك منها وإن تناقضت للخفاء في تطليقة لاستبداده به ، وإنما قيد بالثلاث لأن فيما وراءها يمكن أن يقيم الزوج بينة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذي قد أثبتته المرأة قبل يوم أو يومين .

وأما في الثلاث فلا يمكنه ذلك م: (**والمكاتب يقيمها**) ش: أي يقيم البينة م: (**على الإعتاق قبل الكتابة**) ش: فإنها تقبل منه لاستبداد سيده بالتحرير ، ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامتهما البينة على ما ادعياه .

وقال الناطفي في «الأجناس» : رجل باع غلاماً وهو ساكت ثم قال بعد البيع مع علمه بالبيع : أنا حر لايقبل قوله وهو عبد ، وزاد في« مختصر الطحاوي» : وقيل له بعد البيع : قم مع مولاك فقام فذاك إقرار منه بالرق .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (**ومن ادعى حقاً في دار معناه حقاً مجهولاً**) ش: فأنكر المدعى عليه م: (**فصالحه الذي هو في يده على مائة درهم ، فاستحقت الدار إلا ذراعاً منها**)

منها لم يرجع بشيء ؛ لأن للمدعي أن يقول دعواي : في هذا الباقي . وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه ؛ لأن التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ، ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز ؛ لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة

ش: أي موضع ذراع منها م: **(لم يرجع بشيء)** ش: أي لم يرجع المدعى عليه على المدعي م: **(لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي)** ش: فلايثبت حق الرجوع بالشك .

م: **(وإن ادعاها كلها)** ش: أي كل الدار م: **(فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه ؛ لأن التوفيق غير ممكن)** ش: لأنه ادعى كل الدار فصالح على ذلك فاستحق بعض الدار والمائة كانت وقعت بدلاً عن كل الدار ، لأن البدل يقسم على أجزاء المبدل ، فلما استحق بعض المبدل تعين الرجوع م: **(فوجب الرجوع ببدله)** ش: أي بحصته م: **(عند فوات سلامة المبدل)** ش: لأنه أخذ ذلك القدر من البدل بغير حق .

وقال المصنف - رحمه الله - م: **(ودلت المسألة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز ، لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة)** ش: ودلت المسألة أيضاً على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح ، لأن دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ، ولهذا لا تقبل البينة على ذلك إلا إذا ادعى إقرار المدعى عليه بالحق فحينئذ تصح الدعوى وتقبل البينة ، والإقرار عن المجهول جائز عندنا .



فصل في بيع الفضولي

قال : ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ . وقال الشافعي: لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية ؛لأنها بالملك أو بإذن المالك ، وقد فقدا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية .

م: (**فصل في بيع الفضولي**)

ش: أي هذا فصل في بيان حكم بيع الفضولي وهو نسبة إلى الفضول جمع الفضل ، يعني الزيادة . وفي «المغرب » وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه ، حتى قيل فضول بلا فضل وسناً بلا سن وطولاً بلا طول وعرضاً بلا عرض ثم قيل : لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولي وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وبفتح الفاء خطأ ، انتهى كلامه.

وقيل : الفضولي من يتصرف في حق الغير بلا إذن شرعي كالأجنبي يزوج أو يبيع ولم يرد في النسبة إلى الواحد ، وإن كان هو القياس لأنه صار بالغلبة كالعلم بهذا المعنى ، فصار كالأنصاري والأعرابي . وقال الأكمل : مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهرة ، لأن بيع الفضولي صورة من صور الاستحقاق ، لأن المستحق يقول عند الدعوى : هذا ملكي . ومن باعك فإنما باعك بغير إذني فهو عين بيع الفضولي .

قلت : لا يقال مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ، وإنما يقال : هذا الفصل داخل في هذا الباب الذي قبله ، لأن الباب عند المصنفين إذا ذكروا فصلاً أو فصلين أو أكثر عقيب باب يقولون هذا داخل في الباب الذي قبله ، وإنما يفردونه بالذكر لأنه ليس بداخل فيه من كل وجه فافهم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري - رحمه الله - م: (**ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء فسخ**) ش: وبه قال مالك وأحمد في رواية م: (**وقال الشافعي لا ينعقد**) ش: أي بيع الفضولي لا ينعقد أصلاً وعنده تصرفات الفضولي كلها باطلة في الجديد ، وبه قال أحمد : في رواية ، وفي القديم كمذهبنا م: (**لأنه**) ش: أي لأن بيع ملك غيره م: (**لم يصدر عن ولاية شرعية**) ش: قال الكاكي : احترز به عن الولاية الحسية ، فإنها تثبت بمجرد اليد ، سواء كانت اليد حقاً أو لا .

وقال غيره : يعني لم يصدر عن ولاية شرعية أنه أضاف التصرف إلى محل ليس له ولاية عليه فيلغو م: (**لأنها**) ش: أي لأن الولاية الشرعية تثبت م: (**بالملك**) ش: المطلق للتصرفات م: (**أو بإذن المالك**) ش: الذي له ولاية التصرف م: (**وقد فقدا**) ش: على صيغة المجهول ، أي فَقَدْ فُقِدَ الملك والمالك ، يعني لم يوجدا م: (**ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية**) ش: أي بالولاية الشرعية وقد عدمت ، ولقوله عليه الصلاة والسلام لحكيم بن حزام : « **لا تبع ما ليس عندك** » .

ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله ، فوجب القول بانعقاده إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره ، بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره ، وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء ، وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلاً لهذه الوجوه ، كيف وأن الإذن ثابت دلالة ؛ لأن العاقل يأذن في

م: (ولنا أنه) ش: أي أن بيع الفضولي م: (تصرف تمليك) ش: إلا أنه فيه من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الفقه ، فلا نزاع في ذلك ، وإنما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك ، لأن التمليك من غير المالك لايتصرف ، وأما كونه تصرف تمليك فلأن كون المبيع تمليك مال بمال وهو قصد إيقاعه تمليكاً في محل قابل للملك .

ولكن لا ينفذ في الحال قبل الإجازة لئلا يتضرر المالك . وقال الكاكي : وقيد التصرف بالتمليك احترازاً عن تصرف هو إسقاط كالطلاق والعتاق بمال أو بغير مال من الصبي والمجنون .

فإن هذه التصرفات منهما لا تصح ولا تتوقف على إجازة الولي ولا على إجازة نفسهما بعد البلوغ والإفاقة ، بخلاف ما إذا اشترى الصبي شيئاً أو تزوج امرأة أو زوج أمته ، فإن هذه التصرفات منه تتوقف على إجازة الولي أو إجازة نفسه بعد البلوغ ، ولا يجوز بنفس البلوغ بغير إجازة بعده .

م: (وقد صدر) ش: أي والحال أن هذا العقد قد صدر م: (من أهله) ش: وهو كونه عاقلاً بالغاً م: (في محله) ش: أي في محل العقد وهو كونه مالاً متقوماً م: (فوجب القول بانعقاده ، إذ لا ضرر فيه) ش: أي في هذا العقد م: (للمالك مع تخييره) ش: أي مع كونه مخيراً بين الإجازة والفسخ م: (بل فيه) ش: أي في هذا العقد م: (نفعه) ش: أي نفع للمالك م: (حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره) ش: وهو حقوق العبد ، فإنها لا ترجع إلى المالك م: (وفيه) ش: أي في هذا العقد م: (نفع العاقد لصون كلامه عن الإلغاء وفيه نفع المشتري) ش: لأنه أقدم عليه طائعاً ولولا النفع لما أقدم م: (فثبت القدرة الشرعية) ش: وهو التصرف الذي ينعقد به العقد .

وهذا جواب عن قول الشافعي -رضي الله عنه : ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية م: (تحصيلاً لهذه الوجوه) ش: أي لأجل تحصيل هذه الوجوه ، وهي كفاية مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن ونفع العاقدين لصون كلامهما عن الإلغاء .

م: (كيف وأن الإذن ثابت دلالة) ش: فهذا جواب عن قول الشافعي - رضي الله عنه - لأن الولاية الشرعية بإذن المالك وقد فقد الإذن فقال كيف لا ينعقد بيع الفضولي لعدم الإذن من المالك والحال أن الإذن ثابت دلالة ، أي في حق انعقاد العقد لاشتماله على النفع م: (لأن العاقل يأذن في

التصرف النافع) ش: وقيل قوله: وكيف لا إلى آخره جواب عما يقال القدرة بالملك أو بالإذن ولم يوجد ، فأجاب عن ذلك منكراً بقوله : وكيف لا إلى آخره .

فإن قيل: لو كان الإذن ثابتاً دلالة فيما هو نافع يكون الرضا من المالك متحققاً دلالة ، فينبغي أن لا يثبت له الخيار .

قلنا : الإذن ثابت دلالة فيما هو نافع لا فيما هو ضار ، وفي الانعقاد نفع فيثبت من وجه في انعقاده بغير اختياره ضرر فلا يثبت الإذن في حقه فلذلك يخير .

والجواب عن حديث حكيم بن حزام الذي استدل به الشافعي -رضي الله عنه- وهو نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عنده لأن مطلق النهي يوجب فساد النهي عنه أنه كان يبيعه ثم يشتريه ويزيد تسليمه بحكم ذلك العقد .

والدليل عليه أنه قال: يا رسول الله ﷺ إن الرجل يأتيني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها ، فقال عليه الصلاة والسلام «لا تبع ما ليس عندك» .

وقال الأترازي في استدلال أصحابنا: ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم «كالأسرار» وغيره في حديث عروة البارقي أن النبي ﷺ أعطى له ديناراً يشتري به أضحية ، فاشترى شاتين ، فباع إحداهما بدينار وجاء بالشاة والدينار الآخر إلى النبي ﷺ ، وأخبره بذلك فقال ﷺ : «بارك الله في صفقتك ، فأما الشاة فضح بها وأما الدينار فتصدق به» فقد باع ما اشترى له عليه الصلاة والسلام بغير أمره . وأجاز عليه الصلاة والسلام بيعه ، ثم قال: وفي كتب الحديث وإن عروة البارقي وحكيم بن حزام يعني روى الحديث عن الاثنين .

قلت : أما حديث عروة البارقي فرواه الترمذي : حدثنا أحمد بن سعيد الدارمي ثنا حبان ثنا هارون بن موسى ثنا الزبير بن الحر عن أبي لبيد عن عروة البارقي قال دفع إلي رسول الله ﷺ ديناراً لأشتري له شاة فاشتريت له شاتين ، فبعت أحدهما بدينار وجئت بالشاة والدينار إلى النبي ﷺ فذكر له ما كان من أمره فقال : « بارك الله لك في صفقة يمينك »، فكان يخرج بعد ذلك إلى كناسة الكوفة فيربح الربح العظيم فكان من أكثر أهل الكوفة مالاً . وأخرجه ابن ماجة عن أحمد بن سعيد .

وأما حديث حكيم بن حزام فرواه الترمذي أيضاً حدثنا أبو كريب حدثنا أبو بكر بن عياش عن أبي حصين عن حبيب بن أبي ثابت عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بعث حكيم بن حزام يشتري له أضحية بدينار قال فاشترى أضحية فربح فيها ديناراً فاشترى أخرى مكانها فجاء

قال : وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيًا والمتعاقدان بحالهما ؛ لأن الإجازة تصرف في العقد ، فلابد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه ، وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكًا له أمانة في يده بمنزلة الوكيل ؛ لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ،

بالأضحية والدينار إلى رسول الله ﷺ فقال : «ضح بالشاة وتصدق بالدينار» .

ورواه أبو داود أيضاً عن محمد بن كثير . ولما أخرج الترمذي الحديثين لم يسكت عنهما ، بل قال : وحبيب بن ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام ، وأبو لبيد اسمه لمازة ، وفي إسناد أبي داود مبهم .

وقيل : حديث حكيم لا يصح لأنه إما منقطع أو في إسناده مجهول .

قلت : الانقطاع في إسناد الترمذي والمجهول في إسناد أبي داود ، وقال ابن العربي : حديث عروة صحيح .

وأما الإبهام الذي في إسناد أبي داود فإنه روى عن شبيب عن فرقدة حدثني الحي عن عروة البارقي الحديث .

وقال الخطابي : يعني الحي حدثوه وما كان سبيله هذا من الرواة لم تقم به الحجة ، ووقع في رواية الكرخي عن شبيب عن فرقدة يسمعه من قومه عن عروة البارقي ، وروي أيضاً من حديث سفيان عن شبيب بن فرقدة قال : أخبرنا الحسن عن عروة البارقي الحديث ، وهذا الإسناد ما فيه إبهام وهو صحيح كما قاله ابن العربي .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: **(وله الإجازة)** ش: أي وللمالك إجازة البيع الذي عقد الفضولي م: **(إذا كان المعقود عليه باقياً والمتعاقدان بحالهما ؛ لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه)** ش: أي من قيام العقد م: **(وذلك)** ش: أي قيام العقد م: **(بقيام العاقدين والمعقود عليه)** ش: كما في الإنشاء وبقاء الفضولي إنما يشترط لصحة الإجازة في البيع إلا في النكاح حتى لو زوج رجل ابنته الصغيرة من رجل غائب ثم مات الأب وبلغ الزوج النكاح فأجاز ذلك فهو جائز وهذا نص أن بموت الأب لا ينقطع نكاح الصغيرة ، كذا في «فصول الأستروشي» - رحمه الله - .

م: **(وإذا أجاز المالك)** ش: البيع م: **(كان الثمن مملوكاً له)** ش: أي للمالك م: **(أمانة في يده)** ش: أي في يد الفضولي م: **(بمنزلة الوكيل)** ش: بالبيع إذا باع وقبض الثمن فإنه أمانة في يده م: **(لأن الإجازة اللاحقة)** ش: في بيع الفضولي م: **(بمنزلة الوكالة السابقة)** ش: في البيع بالوكالة من حيث إن كلاً منهما يثبت الحكم ويرفع المانع ، والمال في يد الوكيل أمانة ، فكذا في يد الفضولي .

فإن قلت : ليس كذلك ، فإن المشتري من الفضولي إذا باع ثم أجاز المالك المبيع بطل البيع الثاني ، ولو كان البيع الأول صدر من الوكيل لا يبطل البيع الثاني .

وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعًا للحقوق عن نفسه ، بخلاف الفضولي في النكاح ؛ لأنه معير محض ، هذا إذا كان الثمن دينًا ، فإن كان عرضًا معينًا إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقيًا أيضًا ،

قلت : المالك البات إذا طرأ على ملك موقوف أبطله ، وقد طرأ الملك البات للمشتري الأول فأبطل الملك الموقوف الذي كان للمشتري الثاني ، ونظيره تزوج أمة بغير إذن مولاها فمات المولى فإنه لا ينعقد بإجازة الوارث ، لأن ملك التزوج للأمة موقوف ، وملك الوارث فيهاملك بات فيبطل الملك الموقوف بطرآن ذلك الملك البات .

م: **(وللفضولي أن يفسخ قبل الإجازة)** ش: أي قبل إجازة المالك البيع م: **(دفعاً للحقوق عن نفسه)** ش: لما أن الحقوق ترجع إلى الوكيل وهو ما بالإجازة يصير بمنزلته في رجوع الحقوق إليه فله أن يفسخه لدفع الضرر عن نفسه ، وكذلك للمشتري أن يفسخه . فإن قيل : في القول بجواز فسخه قبل الإجازة ضرر للمالك كما ذكرنا أن للمالك فيه نفع فيفوت ذلك بالفسخ .

قلنا : ضرر للمالك يحصل في ضمن دفع الضرر عن نفسه فلا يعتبر .

م: **(بخلاف الفضولي في النكاح)** ش: حيث لا يجوز له أن يفسخه قبل إجازة الموقوف له أو فسخه لأن الحقوق لا ترجع إليه م: **(لأنه معير محض)** ش: وسفير ، فإنه لما أعير انتهى أمره فصار بمنزلة الأجنبي ، بخلاف الفضولي في البيع ، لأنه لا ينتهي أمره بالبيع لما ذكرنا أن الحقوق ترجع إليه .

وقال الكاكي : قال شيخي العلامة صاحب «النهاية» - رحمه الله - هذا إذا كان الفسخ بالقول ، أما إذا كان الفسخ بالفعل بأن يتزوج الفضولي امرأة برضاها فقيل إجازة زوج أختها كان ذلك نقضاً للنكاح الأول ، كذا ذكره في الفضول « الإستروشيني» م: **(هذا)** ش: أي ما قلنا من قيام المتعاقدين والمعقود عليه م: **(إذا كان الثمن ديناً)** ش: في بيع الفضولي كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف في الذمة بغير عينه .

م: **(فإن كان عرضاً)** ش: أي مما يعين بالتعيين م: **(معيناً)** ش: عين في العقد م: **(إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقياً أيضاً)** ش: فها هنا قيام خمسة أشياء يشترط البائع والمشتري والمالك والمبيع وقيام ذلك العرض فيما إذا كان الثمن دينًا يشترط قيام الأربعة من الخمسة المذكورة فقط ، والخامس وهو العرض فيما ليس بشرط . وفي الفصل الأول قيام الثمن في يد البائع ليس بشرط ، فإن أجاز المالك بعد قيام الأربعة جاز البيع ، ولو لم يجز المالك البيع وفسخه انفسخ البيع ، وله أن يسترد المبيع ويرجع المشتري بالثمن على البائع إن كان نقده ،و لو مات المالك قبل الإجازة انفسخ البيع .

ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد ، حتى يكون عرض الثمن مملوكًا للفضولي ، وعليه مثل المبيع إن كان مثليًا أو قيمته إن لم يكن مثليًا ، لأنه شراء من وجه ، والشراء لا يتوقف على الإجازة . ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين ؛ لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره ،

م: **(ثم الإجازة)** ش: أي الإجازة في بيع المقايضة يعني فيما إذا كان الثمن عرضاً م: **(إجازة نقد)** ش: أي ينقد الثمن من ماله ، لأن العوضين إذا كانا عرضاً كان العقد شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على الفضولي ، فيصير ملكاً له .

وبإجازة المالك لا ينتقل الملك إليه فيكون تأثير الإجازة في أن ينقد الفضولي الثمن من مال المجيز .

وهذا استقراض حصل في ضمن الشراء فيصح حكماً له كما لو قال : اشتر لي عبد فلان بعبدك هذا فاشتراه جاز وعلى الآمر قيمة عبد المأمور ، لأنه صار كالمستقرض لعبده فيجب عليه مثله إن كان مثلياً وقيمته إن لم يكن م: **(لا إجازة عقد)** ش: لأنه نقد م: **(حتى يكون عرض الثمن مملوكاً للفضولي)** ش: كما ذكرناه الآن م: **(وعليه)** ش: أي على الفضولي م: **(مثل المبيع إن كان مثلياً أو قيمته إن لم يكن مثلياً لأنه)** ش: أي لأن البيع بالعرض م: **(شراء من وجه)** ش: لأنه بيع مقايضة م: **(والشراء لا يتوقف على الإجازة)** ش: أي على إجازة من اشترى له ، لأن الأصل في التصرفات النفاذ والتوقف للضرورة ، ولأن الأصل في تصرف الإنسان أن يكون واقفاً على نفسه .

فإن قلت : لو كان كذلك لما صح العقد إذا باع الوكيل بالعرض ، لأن الموكل وكله بالبيع لا بالشراء .

قلت : صح لأن التوكيل بالبيع مطلق ، والبيع يكون بالدين والعين ، والموكل عالم بذلك ، فلما أطلق الوكالة صار كأنه قال : بعه بأي طريق شئت . فيجوز بأي طريق باع . م: **(ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث)** ش: أي وارث المالك م: **(في الفصلين)** ش: أي فيما إذا كان الثمن عرضاً أو ديناً .

فإن قلت : هو في الفصل الثاني مشتري فكان ينبغي أن ينفذ الشراء في حق الفضولي .

قلت : لا ينفذ لعجزه عن تسليم الثمن ، لأنه ملك الغير وقد مات المالك قبل الإجازة .

م: **(لأنه)** ش: أي لأن بيع الفضولي م: **(توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره)** ش: لأن الإجازة عبارة عن اختيار العقد الذي باشره الفضولي والاختيار لا يحتمل النقل لأنه لا يتصور في الأعراض .

ولو أجاز المالك في حياته ولم يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف ـ رحمه الله ـ أولاً ، وهو قول محمد ـ رحمه الله ـ لأن الأصل بقاؤه ، ثم رجع أبو يوسف وقال : لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة ؛ لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك . قال : ومن غصب عبدًا فباعه وأعتقه المشتري ، ثم أجاز المولى البيع ، فالعتق جائز ؛ استحسانًا ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله -. وقال محمد ـ رحمه الله ـ : لا يجوز ؛ لأنه لا عتق بدون الملك ، قال عليه السلام : « لا عتق فيما لا

فإن قلت : يشكل بأمة تزوجت بغير إذن مولاها ثم مات المولى فإنه ينعقد بإجازة الوارث إذا لم يحل له وطؤها .

قلت : الأمة تتصرف بأهليتها لأنها باقية على أصل الحرية فيما هو من خواص الآدمية ، والنكاح من خواصها . وإنما يتوقف على إجازة المالك كيلا يتضرر والوارث مالك كالمورث ، ولم يثبت له ملك بات ليبطل الملك الموقوف .

م: **(ولو أجاز المالك في حياته)** ش: ثم مات م: **(ولم يعلم حال المبيع)** ش: يعني باق أو غير باق م: **(جاز البيع في قول أبي يوسف - رحمه الله -أولاً ، وهو قول محمد - رحمه الله - لأن الأصل بقاؤه ، ثم رجع أبو يوسف وقال : لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة ؛ لأن الشك وقع في شرط الإجازة)** ش: وهو بقاء المسمى م: **(فلا يثبت مع الشك)** ش: .

فإن قلت : الشك متساوي الطرفين وقد ترجح جانب الوجود هنا .

قلت : استصحاب الحال لا يصلح للإثبات ، فسقط اعتبار ترجيح جانب الوجود ، فصار متساوي الطرفين لتحقق الشك .

م: **(قال)** ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: **(ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز)** ش: من المشتري م: **(استحساناً ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهما الله-)** ش: ذكر هذه المسألة في «الجامع الصغير» ولم يذكر فيها الاختلاف ، ولهذا قالوا في شروح «الجامع الصغير» : إن العتق جائز استحساناً في قول أبي حنيفة وأبي يوسف .

م: **(وقال محمد -رحمه الله- لا يجوز)** ش: قياساً ، وبه قال زفر والشافعي ومالك وأحمد وهو رواية عن أبي يوسف ، وهذه المسألة هي المسألة التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض هذا الكتاب عليه فإن أبا يوسف قال : ما رويت لك عن أبي حنيفة - رحمه الله - أن العتق جائز ، وإنما رويت أن العتق باطل .

وقال محمد - رحمه الله - بل رويت لي أن العتق جائز م: **(لأنه)** ش: أي لأن الشأن م: **(لا عتق بدون الملك)** ش: عن أبي حنيفة م: **(قال عليه السلام)** ش: أي قال النبي ﷺ : م: **(لا عتق فيما لا**

يملك ابن آدم » ، والموقوف لا يفيد الملك ، ولو ثبت في الآخرة يثبت مستنداً ، و هو ثابت من وجه دون وجه ، والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا ، ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ، ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع ، ذلك . وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذاً حتى نفذ من الغاصب

يملك ابن آدم) ش: هذا الحديث أخرجه أبو داود والترمذي واللفظ للترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ «لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك»[1] .

وقال : حديث حسن صحيح وقد تقدم في كتاب العتق مع الكلام فيه مقتضى .

م: **(والموقوف لا يفيد الملك)** ش: أي الموقوف نفوذه على إجازة مالك ظاهر الملك وهو المغصوب منه ، ألا ترى أن بيع الفضولي لا يفيد الملك للمشتري في الحال بالإجماع ولا ملك للمشتري من الغاصب في الحال .

م: **(ولو ثبت في الآخرة)** ش: بالفتحات بمعنى الأخير م: **(يثبت مستنداً)** ش: إلى سببه وهو بيع الغاصب منه م: **(وهو)** ش: أي الملك الثابت بطريق الاستناد م: **(ثابت من وجه دون وجه ، والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روينا)** ش: وهو قوله عليه السلام : « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم» م: **(ولهذا)** ش: هذا استيضاح من المصنف بفروع تؤنس ، ذكر منها قوله : م: **(لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان)** ش: وهو راجع إلى قوله : لأنه لاعتق بدون الملك .

فالغاصب إذا أعتق ثم أدى الضمان لا يعتق ، وإن كانت المضمونات تملك مستندة إلى أول المسبب لما قلنا : إن الملك المستند ثابت من وجه دون وجه م: **(ولا أن يعتق المشتري ، والخيار للبائع ثم يجيز البائع ذلك)** ش: هذا راجع إلى قوله : والموقوف لا يفيد الملك ، حاصله أنه لا ينفذ عتق المشتري العبد ، والحال أن البائع كان بالخيار ثم أجاز البيع .

م: **(وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب)** ش: يعني أن المشتري من الغاصب إذا باع العبد المغصوب من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني ، فكذلك إذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك ، وأراد بقوله م: **(فيما نحن فيه)** ش: المسألة المصدرة بقوله : ومن غصب عبداً فباعه وأعتقه المشتري إلى آخره .

فالعتق لا يصح عند محمد كما ذكر م: **(مع أنه)** ش: أي أن البيع م: **(أسرع نفاذاً)** ش: من العتق أي أقل احتياجاً إلى الملك في النفوذ من العتق م: **(حتى نفذ)** ش: أي البيع م: **(من الغاصب**

---

(١) تقدم تخريجه .

إذا أدى الضمان . وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان . ولهما أن الملك ثبت موقوفًا بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ، ولا ضرر فيه ، على ما مر ، فيتوقف الإعتاق مرتبًا عليه وينفذ بنفاذه ، وصار كإعتاق المشتري من الراهن ، وكإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك ، بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه ؛ لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك .

إذا أدى الضمان ، وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان) ش: يعني إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان يعني المشتري من الغاصب إذا أعتق العبد الذي اشتراه منه ثم ملكه الغاصب بأداء الضمان وأجاز العتق لا ينفذ .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف - رحمهم الله - م: (**أن الملك ثبت موقوفًا**) ش: أي ثبت ملك المشتري من الغاصب موقوفًا على إجازة مالك العبد م: (**بتصرف مطلق**) ش: بفتح اللام وقيل بالكسر ، والأول أشهر ، واحترز به عن البيع بشرط الخيار ، لأن الملك ثمة لم يثبت أصلاً لا موقوفًا ولا باتًا ووصف المطلق بوصفين أحدهما وهو قوله : م: (**موضوع لإفادة الملك**) ش: واحترز به عن الغصب فإنه لم يوضع لإفادة الملك ، والآخر بقوله م: (**ولا ضرر فيه**) ش: أي في إعتاق المشتري م: (**على ما مر**) ش: أشار به إلى قوله : إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره ، كذا قاله الكاكي .

وقال الأترازي : على ما مر إشارة إلى قوله: ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله إلى آخره . قلت : الأول أظهر م: (**فيتوقف الإعتاق مرتبًا عليه**) ش: أي على المالك الموقوف م: (**وينفذ**) ش: أي الإعتاق م: (**بنفاذه**) ش: أي بنفاذ الملك ، لأنه من حقوقه ، والشيء إذا فقد فقد بحقوقه ، وإذا توقف توقف بحقوقه .

م: (**وصار**) ش: أي إعتاق المشتري من الغاصب م: (**كإعتاق المشتري من الراهن**) ش: فإنه يتوقف نفاذه على إجازة المرتهن أو فك الرهن ، والجامع بينهما لأنه إعتاق في بيع موقوف م: (**وكإعتاق الوارث عبدًا من التركة وهي**) ش: أي التركة ، والحال أي والحال أن التركة م: (**مستغرقة بالديون يصح**) ش: أي الإعتاق موقوفًا م: (**وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك**) ش: أي بعد إعتاق الوارث ثم شرع المصنف في الجواب عن المسائل المذكورة التي ذكرها محمد تثبتًا لما ذهب إليه .

فقال : م: (**بخلاف إعتاق الغاصب بنفسه**) ش: حيث لم ينفذ بعد ضمان القيمة م: (**لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك**) ش: لأنه عدوان محض ، وهذا التعليل لا يتم ، لأنه يرد عليه أن ينفذ بيعه أيضًا عند إجازة المالك لأنه لم يوضح لإفادة الملك كما لا ينفذ عتقه ، لما أن كلاً من جواز البيع والعتق يحتاج إلى الملك ، ولكن وجه تمام التعليل بما ذكره في «المبسوط» بخلاف

وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع لأنه ليس بمطلق ، وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً. وبخلاف المشتري من الغاصب إذا باع ؛ لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات ، فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله .

الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة ، لأن المستند له حكم الملك لا حقيقة الملك ، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه ، وها هنا الثابت للمشتري من وقت العقد حقيقة الملك ، ولهذا استحق الزوائد المتصلة والمنفصلة جميعًا ، لأن الملك ثبت مطلقًا لا ضرورة إذًا للضمان .

م: (**وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار للبائع**) ش: حيث لا ينفذ العتق م: (**لأنه**) ش: أي لأن البيع بالخيار م: (**ليس بمطلق**) ش: أي غير تام م: (**وقران الشرط به**) ش: أي بالبيع أو بالعقد م: (**يمنع انعقاده في حق الحكم أصلاً**) ش: فكان الملك معدومًا مع وجود الخيار المانع ، فلم يصادف إعتاق المشتري محلاً مملوكًا له فيلغو .

م: (**وبخلاف المشتري من الغاصب إذا باع**) ش: هذا جواب عن المسألة الثالثة ، بيانه أن الذي اشترى من الغاصب إذا باع ما اشتراه لا يتوقف بيعه بل يبطل م: (**لأن بالإجازة**) ش: أي بأجازة المبيع الأول م: (**يثبت للبائع**) ش: وهو المشتري من الغاصب م: (**ملك بات**) ش: أي من كل وجه م: (**فإذا طرأ**) ش: أي الملك البات م: (**على ملك موقوف لغيره**) ش: أي لغير المشتري من الغاصب وهو المشتري من المشتري من الغاصب م: (**أبطله**) ش: أي أبطل الملك الموقوف لغيره ، لأنه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد والبيع بعد ما بطل لا يلحقه الإجازة ، وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله مبطل للملك الموقوف بطروء الملك البات على الملك الموقوف .

فإن قيل : يشكل على هذا الأصل ما إذا باع الغاصب ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزًا ، وإن طرأ الملك الذي يثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك المشتري الذي اشتراه منه وهو موقوف .

قلنا : إن ثبوت الملك للغاصب ضروري ثبت له ضرورة وجوب الضمان ، فلم يظهر في حق إبطال ملك المشتري .

فإن قيل : لو كان الملك البات يبطل الملك الموقوف فأولى أن يمنعه ، لأن المنع أسهل من الرفع ، فعلى هذا يجب أن لا ينعقد بيع الفضولي ، لأن للمالك ملكًا باتًا فيجب أن يمنع الفضولي عن الانعقاد لعدم اجتماع الملك الموقوف مع البات .

قلنا : البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي ، والمنع إنما يكون بعد

وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشتري منه ، كذا ذكره هلال وهو الأصح . قال : فإن قطعت يد العبد فأخذ أرشها ، ثم أجاز البيع ؛ فالأرش للمشتري ؛ لأن الملك قد تم له من وقت الشراء ، فتبين أن القطع حصل على ملكه ،

الوجود ، أي وجود المعارض ولا معارض هنا ، بخلاف ما نحن فيه . فإن الملك البات ثبت للفضولي ، والملك الموقوف ظهر في حقه فوقع التعارض بين الملكين فيرفع البات الموقوف .

وقال الأكمل : وفيه نظر لأن ما يكون بعد الوجود رفع لا منع ، وفي الحقيقة هو مغالطة وإن كلامنا في أن طرأ الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئًا حتى يتوجه السؤال .

م: (**وأما إذا أدى الغاصب الضمان**) ش: هذا جواب عن المسألة الرابعة بيانه أن الغاصب إذا أدى الضمان فلا نسلم له وأن إعتاق المشتري منه لا ينفذ كما قال محمد م: (**ينفذ إعتاق المشتري منه**) ش: أي من الغاصب م: (**كذا ذكره هلال**) ش: وهو هلال الري بن يحيي البصري صاحب «الوقف» ، ومن قال: إنه الزازي فقد صحف م: (**وهو الأصح**) ش: أي نفاذ إعتاق المشتري من الغاصب هو الأصح ، وفيه إشارة إلى أن فيه اختلاف المشايخ .

وقال علاء الدين العالم في «طريقة الخلاف» : فيه اختلاف المشايخ والأصح أنه ينفذ ، وإليه أشار في وقف هلال ، فإنه نفذ وقف المشتري من الغاصب إذا ملكه الغائب بالضمان والوقف تحرير الأرض كالإعتاق تحرير العبد .

م: (**قال**) ش: أي محمد - رحمه الله - في« الجامع الصغير» : م: (**فإن قطعت يد العبد**) ش: أي في يد المشتري من الغاصب م: (**فأخذ**) ش: أي المشتري م: (**أرشها ثم أجاز**) ش: أي المولى م: (**البيع**) ش: أي بيع الغاصب م: (**فالأرش**) ش: أي فأرش اليد م: (**للمشتري لأن الملك قد تم له**) ش: بعد الإجازة م: (**من وقت الشراء ، فتبين أن القطع حصل على ملكه**) ش: قال الأكمل : واعترض بما إذا غصب عبدًا فقطعت يده وضمنه الغاصب فإنه لا يملك الأرض ، وإن ملك المضمون ، والفضولي إذا قال لامرأة : أمرك بيدك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صح التفويض دون التطليق وإن ثبت المالكية لها من حين التفويض حكمًا للإجازة . وأجيب عن الأول : بأن الملك في المغصوب ثبت ضرورة على ما عرف وهي تندفع مثبوتة من وقت الأداء فلا تملك الأرش لعدم حصوله في ملكه .

وعن الثاني : بأن الأصل أن كل تصرف يوقف حكمه على شيء أن يجعل معلقًا بالشرط لا سببًا منه وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب إلا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه ، فإنه يعتبر سببًا من وقت وجوده متأخرًا حكمه إلى وقت الإجازة فعندهما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله ، فجعل الموجود من الفضولي معلقًا بالإجازة

وهذا حجة على محمد ـ رحمه الله ـ والعذر له أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش ، كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى ، وكذا إذا قطعت يد المشترى في يد المشتري ، والخيار للبائع ، ثم أجيز البيع ؛ فالأرش للمشتري . بخلاف الإعتاق على ما مر .

فعندهما يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة .

م: (**وهذا حجة على محمد** -رحمه الله-) ش: قال الأترازي : إن كون أرش اليد للمشتري بعد الإجازة حجة عليه ، يعني لما تم الملك من وقت الشراء حتى كان الأرش للمشتري كان ينبغي أن ينفذ إعتاق المشتري من الغاصب أيضًا عنده ، لأن الإعتاق يكون حينئذ في الملك وفي نسخة شيخي العلاء : وهذه حجة على محمد . قال الكاكي : أي هذه المسألة ، وفي بعض النسخ وهو أي قوله : فتبين أن القطع . . . إلى آخره . والأول أصح .

وجه كونها حجة أن الملك الثابت عنده بطريق الاستناد لا يكفي لنفوذ العتق ويكفي لاستحقاق الأرش ، وعندهما يكفي لهما ، وفي نسخة «الأكمل» وهذا أي كون الأرش للمشتري حجة على محمد في عدم تجويز الإعتاق في الملك الموقوف لما أنه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الأرش عند الإجازة كما في الغصب ، حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان .

م: (**والعذر له**) ش: أي لمحمد ، قال الكاكي : أي الجواب عن هذه المسألة . وقال الأترازي : أي جواب محمد عن هذا بأن يقول : م: (**أن الملك من وجه يكفي لاستحقاق الأرش**) ش: والثابت بالاستناد ملك من وجه دون وجه م: (**كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ الأرش ثم رد في الرق يكون الأرش للمولى ، وكذا**) ش: أي وكذا الحكم م: (**إذا قطعت يد المشترى**) ش: بفتح الراء وهو العبد م: (**في يد المشتري**) ش: بكسر الراء م: (**والخيار للبائع**) ش: الواو فيه للحال م: (**ثم أجيز البيع فالأرش للمشتري**) ش: بكسر الراء م: (**بخلاف الإعتاق**) ش: حيث لا ينفذ إعتاق المشتري فيما إذا كان الخيار للبائع م: (**على ما مر**) ش: إشارة إلى قوله : والمصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه .

وفي «النهاية» : قوله : على ما مر هو قوله : وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق ، وقران الشرط به يقع انعقاده . وقال الأكمل : وقيل بخلاف الإعتاق متعلق بقوله إن الملك من وجه لاستحقاق الأرش ، يعني أن إعتاق المشتري من الغاصب بعد الإجازة لا ينفذ عند محمد ، لأن المصحح للإعتاق وهو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه .

وقوله على ما مر إشارة إلى قوله : والمصحح الإعتاق هو الملك الكامل ، وهذا أقرب ،

ويتصدق بما زاد على نصف الثمن ؛ لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك . قال : فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به . بخلاف الإعتاق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر .

قلت : أي أقرب من الوجه الذي ذكره في النهاية . ووجه الأقربية ما ذكرناه ، وهو الذي ذكره الشراح. م: (**ويتصدق**) ش: أي المشتري من الغاصب م: (**بما زاد**) ش: من أرش اليد م: (**على نصف الثمن**) ش: لأن أرش اليد الواحدة في المرء نصف الدية ، وفي العبد نصف القيمة والذي دخل في ضمان المشتري بمقابلة اليد المقطوعة نصف الثمن وما زاد عليه لم يدخل في ضمانه فكان ربح ما لم يضمن فيتصدق بالفضل وهو حاصل معنى قوله : م: (**لأنه لم يدخل في ضمانه**) ش: أي لأن ما زاد على نصف الثمن لم يدخل في ضمان المشتري م: (**أو فيه شبهة عدم الملك**) ش: تعليل آخر ، أي أو في أخذ الأرش بعد القبض شبهة عدم الملك ، لأن الملك يثبت يوم القطع مستندًا إلى وقت البيع وهو ثابت من وجه دون وجه فيكون فيه شبهة عدم الملك فلا يطيب الربح الحاصل به. وقال الأترازي: وفيه نظر ، لأنه إذا كان بشبهة العدم اعتبار ينبغي أن يتصدق بجميع الأرش لا بالنظر وحده ، انتهى .

قلت: كان ينبغي ألا يتصدق بشيء بالنظر إلى ثبوت الملك من كل وجه ولكن لما كان غير ثابت من كل وجه يتصدق بالربح فقط بالنظر إلى عدم ثبوت الملك من كل وجه .

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (**فإن باعه المشتري من آخر**) ش: أي فإن باع المشتري من الغاصب العبد من شخص آخر م: (**ثم أجاز المولى البيع الأول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا**) ش: أي بالإجازة يثبت للبائع ملك بات ، والملك البات إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله م: (**ولأن فيه**) ش: أي في البيع الثاني م: (**غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به**) ش: أي بالغرر ولورود النهي عن بيع فيه غرر .

قيل : هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع الفضولي أيضًا ، لأنه يحتمل أن يجيز المالك بيعهما وأن لا يجيز ، ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولي موقوفًا . وأجيب : بأن غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذي يحصل للمالك المذكور فيما تقدم ، فبالنظر إلى العذر يفسد وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف عملاً بهما .

م: (**بخلاف الإعتاق عندهما**) ش: أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- حيث ينفذ إعتاق المشتري من الغاصب بعد الإجازة على قولهما م: (**لأنه**) ش: أي لأن الإعتاق م: (**لا يؤثر فيه الغرر**) ش: بدليل أن المشتري لو أعتق المبيع قبل القبض يجوز ، ولو باعه لا يجوز ، وقد

قال : فإن لم يبعه المشتري فمات في يده أو قتل ، ثم أجاز البيع لم يجز ؛ لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت، وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل، حتى يعد باقيًا ببقاء البدل ؛ لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكًا يقابل بالبدل ، فيتحقق الفوات ، بخلاف البيع الصحيح ؛ لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائمًا بقيام خلفه . قال : ومن باع عبد غيره بغير أمره ، وأقام المشتري البينة على إقرارالبائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع ، وأراد رد البيع لم تقبل بينته ؛ للتناقض في الدعوى ، إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته ، والبينة مبنية على صحة الدعوى . وإن أقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك ؛ لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار ،

روي عن أبي حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف الإعتاق .

م: (**قال**) ش: أي المصنف ، لأن محمدًا لم يذكر هذه المسألة في «الجامع الصغير »، ولكن الشراح ذكروها ، وصاحب «الهداية» ذكرها تفريعًا كما ذكرها الشراح م: (**فإن لم يبعه المشتري**) ش: أي المشتري من الغاصب م: (**فمات**) ش: أي العبد (**في يده**) ش: أي في يد المشتري م: (**أو قتل ثم أجاز**) ش: أي المالك م: (**البيع**) ش: أي بيع الغاصب م: (**لم يجز**) ش: بالاتفاق م: (**لما ذكرنا أن الإجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت ، وكذا بالقتل إذ لا يمكن إيجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيًا ببقاء البدل ؛ لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكًا يقابل بالبدل فيتحقق الفوات . بخلاف البيع الصحيح**) ش: يعني البيع الصحيح إذا قتل العبد قبل القبض يمكن إيجاب البدل للمشتري م: (**لأن ملك المشتري ثابت فأمكن إيجاب البدل له فيكون المبيع قائمًا بقيام خلفه**) ش: وهو القيمة والمشتري بالخيار فإن اختار البدل كان البدل له .

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (**ومن باع عبد غيره بغير أمره**) ش: صورته في «الجامع» محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل باع عبد رجل بغير أمر صاحبه فقال المشتري : أرد البيع لأنك بعتني بغير أمر صاحبه وجحد البائع ذلك م: (**وأقام المشتري البينة على إقرار البائع أو رب العبد**) ش: أي وأقام البينة على رب العبد م: (**أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم تقبل بينته للتناقض في الدعوى**) ش: لأن صحة البينة عند صحة الدعوى ، وهنا بطلت الدعوى م: (**إذ الإقدام**) ش: أي لأن إقدام المشتري م: (**على الشراء إقرار منه بصحته**) ش: أي صحة الشراء وأن البائع ملك البيع م: (**والبينة مبنية على صحة الدعوى**) ش: والدعوى غير صحيحة لما قلنا .

م: (**وإن أقر البائع بذلك**) ش: أي بأنه باعه بغير أمره عند القاضي أو عند غير القاضي إلا أن البينة تختص بمجلس القاضي فلهذا ذكر م: (**عند القاضي بطل البيع إن طلب المشتري ذلك**) ش: أي إبطال البيع م: (**لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار**) ش: ألا ترى أن من أنكر شيئًا ثم أقر بذلك

فللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما ، فلهذا شرط طلب المشتري. قال : وذكر في الزيادات أن المشتري إذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل ، وفرقوا أن العبد في هذه المسألة في يد المشتري ، وفي تلك المسألة في يد غيره وهو المستحق ، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالمًا للمشتري .

صح إقراره ، إلا أن الإقرار حجة قاصرة نافذ في حق الغير خاصة م: (**فللمشتري أن يساعده على ذلك**) ش: أي يوافق البائع على إقراره .

فإذا ساعده م: (**فيتحقق الاتفاق بينهما**) ش: فينفذ عليهما م: (**فلهذا**) ش: أي فلأجل ذلك م: (**شرط طلب المشتري**) ش: حتى يكون نقضًا باتفاقهما .

ثم ذكر المصنف مسألة الزيادات نقضًا على مسألة« الجامع الصغير» بقوله م: (**قال**) ش: أي المصنف م: (**وذكر في الزيادات**) ش: في الباب الثالث من الكتاب م: (**أن المشتري إذا صدق مدعيه**) ش: يوضحه رجل ادعى على المشتري بأن ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك م: (**ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه**) ش: أي أن البيع م: (**للمستحق**) ش: أي هذا المستحق م: (**تقبل**) ش: وإن تناقض في دعواه .

م: (**وفرقوا**) ش: أي المشايخ بين رواية «الجامع الصغير» والزيادات م: (**أن العبد في هذه المسألة**) ش: أي في مسألة «الجامع الصغير» م: (**في يد المشتري**) ش: فيكون سالمًا له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع ، لأن شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع م: (**وفي تلك المسألة**) ش: أي في مسألة الزيادات م: (**في يد غيره**) ش: أن العبد المبيع في يد غيره م: (**وهو المستحق ، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالمًا للمشتري**) ش: وها هنا لم يسلم فله الرجوع لوجدان شرطه .

وقال الأترازي : ولنا في هذا الفرق نظر ، لأن وضع المسألة في الزيادات أيضًا في أن العبد في يد المشتري ، ولئن قلنا : إن العبد في يد المستحق فلا نسلم أن البينة تقبل حينئذ ، لأن التناقض في الدعوى موجود لا محالة كما بينا ، ومبنى البينة على صحة الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة ، والأولى أن يقال : إن المشتري أقام البينة على قرار البائع أو رب العبد قبل البيع في مسألة« الجامع الصغير» ، فلهذا لم تقبل البينة للتناقض وفي مسألة الزيادات أقام البينة على الإقرار بعد البيع ، فلم يلزم التناقض فقبلت البينة ، انتهى . وقد نقل الأكمل هذا بقوله : قيل في هذا الفرق نظر إلى آخره .

ثم قال : قال صاحب «النهاية» : ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذه بعد أن تأملت فيهبرهة من الدهر وفيه نظر ، لأن التوفيق في وضع «الجامع الصغير » ممكن لجواز أن يكون المشتري أقدم

قال : ومن باع دارًا لرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع ، عند أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف آخرًا ، وكان يقول أولاً : يضمن البائع ، وهو قول محمد ، وهي مسألة غصب العقار، وسنبينه في الغصب إن شاء الله تعالى ، والله أعلم بالصواب .

على الشراء ولم يعلم بإقرار البائع لعدم الأمر ، ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول : سمعناه قبل البيع أقر بذلك ويشهدون به، ومثل ذلك ليس بمانع ، وهذا الموضع موضع تأمل .

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» م: (**ومن باع دارًا لرجل**) ش: أي باع دار غيره بغير أمره ، وفي جامع فخر الإسلام : ومعنى المسألة إذا باعها ثم اعترف بالغصب وكذبه المشتري م: (**وأدخلها المشتري في بنائه**) ش: يعني قبضها ، وإنما قيد بهذا لأن المسألة هكذا وقعت م: (**لم يضمن البائع**) ش: أي قيمة الدار إن أقر أنه غصب منه م: (**عند أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف آخرًا ، وكان يقول أولاً : يضمن البائع وهو قول محمد ، وهي مسألة غصب العقار ، وسنبينه في الغصب**) ش: أي في كتاب الغصب م: (**إن شاء الله تعالى**) ش: والله القادر على ذلك .

فروع : عقدان موقوفان أجيزا وتوافقا كالبيعين ثبتا ، ولو تنافيا ثبت إقرارهما كالبيع والنكاح وإلا بطلا كالنكاحين . ولو اجتمع بيعان في عقد من فضوليين وأجيزا معًا أخذ كل واحد النصف أو ترك ، لأن كل واحد شرع في العقد على أن العبد كله له ، فإذا انتصف يجوز ، والبيع أحق من النكاح والإجارة والرهن ، حتى لو باعه فضولي والآخر رهنه أو أجره أو زوجه فأجازهما المولى جاز البيع وبطل غيره ، لأن البيع أقوى لأنه يفيد ملك الرقبة ولا كذلك غيره ، والكتابة والتدبير أحق من غيرهما ، لأنها لازمة، بخلاف غيرها ، والهبة والإجارة أحق من الرهن ، لأن الهبة تفيد ملك الرقبة والإجارة ملك المنفعة ولا كذلك الرهن والهبة أحق من الهبة في الدار ، فإن الهبة تبطل بالشروع ويبقى البيع بلا مزاحم ، وفي العبد استويا لأن الهبة مع القبض تساوي البيع في إفادة الملك ، وكل واحد يأخذ بالنصب ، لأن هبة المشاع فيما لا يقيم صحيحة ، م: (**والله أعلم بالصواب**) .

* * *

باب السلم

م: (باب السلم)

ش: أي هذا باب في بيان أحكام السلم . ولما فرغ من أنواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو منزلة المفرد من المركب ، والمفرد مقدم .

وقال الكاكي : والهمزة فيه للسلب ، أي أزال سلامة الدراهم بالتسليم إلى مفلس في مؤجل ، أو هو من التسليم ، لأن تسليم رأس المال فيه لازم ، وفيه تأمل .

وفي «الإيضاح» السلم لغة عبارة عن الاستعجال والسلم والسلف ، بمعني واحد وخص هذا النوع بهذا الاسم ، لأن شرعيته كانت لمعنى يخص رأس المال وهو استعجاله وتحصيله قبل وجود المبيع ، لأن الحاجة إليه .

وقيل : سمي به لكون معجلاً على وقته ، فإن أوان البيع عند وجود المبيع المعقود عليه في ملك العاقد ، والسلم عادة إنما يكون فيما ليس بموجود في ملكه فيكون معجلاً على وقته ، وكذا في «الكافي» .

وقال : «صاحب التحفة » : السلم عقد يثبت الملك في الثمن عاجلاً . وفي الثمن أجلاً يسمى سلمًا وإسلامًا وسلفًا وإسلافًا لما فيه من تسليم رأس المال للحال . وفي عرف الشرع عبارة عن هذا أيضًا مع زيادة شرائط ورد الشرع بها لم يعرفها أهل اللغة .

وقال الأكمل : السلم في اصطلاح الفقهاء أخذ عاجل ، ورد بأن السلعة إذ بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ، ولو قبل بيع آجل بعاجل لاندفع ذلك ، وكذا قال الأترازي : فمن هذا عرفت قسمًا . وما قيل في بعض الشروح أن السلم أخذ عاجل بآجل ، لأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم ، انتهى .

قلت : في كلام الأكمل نسبة الفقهاء إلى الخطأ . وفي كلام الأترازي نسبة بعض الشراح إليه ولا ينبغي هذا ، والظاهر أنه لم يقل هذا هكذا أحد منهم ، وإنما هذا وقع هكذا تحريفًا من النساخ الجهلة ، فاستمر النقل على هذا التحريف ، وإنما قالوا : السلم أخذ آجل بعاجل فلا يرد عليه شيء .

وركن السلم الإيجاب والقبول بأن يقول رجل لآخر : أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة ، أو قال أسلفت وقال الآخر : قبلت ، ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضًا ، ويسمى الآخر المسلم إليه والحنطة المسلم فيه .

السلم عقد مشروع بالكتاب ، وهو آية المداينة ، فقد قال ابن عباس- رضي الله عنهما-: أشهد أن الله أحل السلف المضمون ، وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى :﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ (البقرة : الآية ٢٨٢)

ولو قال المسلم إليه لآخر : بعت منك كر حنطة هكذا وذكر شرائط المسلم ينعقد أيضًا ، لأن السلم نوع بيع وشرائطه تذكر عند قوله : ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبعة شرائط ، وحكمه ثبوت الملك لرب السلم في المسلم فيه مؤجلاً بمقابلة ثبوت الملك في رأس العين أو الموصوف للمسلم إليه معجلاً بطريق الرخصة دفعًا لحاجة الناس .

م: (**السلم عقد مشروع بالكتاب ، وهو آية المداينة**) ش: وهو قوله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين** ﴾ (البقرة : الآية ٢٨٢) ، وهي أطول آية في القرآن يعني إذا تداينتم بدين مؤجل أي مؤجل إلى أجل مسمى فاكتبوه ، وفائدة قوله مسمى الإعلام بأن من حق الأجل أن يكون معلومًا ، ومعنى تداينتم بدين إذا تداين بعضكم بعضًا ، يقال داينت الرجل إذا عاملته بدين معطيًا أو آخذًا كما تقول بايعته إذا بعته أو باعك .

م: (**فقد قال ابن عباس - رضي الله عنهما - : أشهد أن الله أحل السلف المضمون ، وأنزل فيها أطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ (البقرة : الآية ٢٨٢)**) ش: هذا رواه الحاكم في مستدركه في تفسير سورة البقرة عن أيوب عن قتادة عن أبي حسام الأعرج عن ابن عباس قال : أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أجله الله في كتابه وأذن فيه ، قال الله تعالى : ﴿ **يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه**﴾ الآية ، وقال : حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه[1] .

وكذلك رواه الشافعي في مسنده ومن طريقه رواه البيهقي في المعرفة ورواه عبدالرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما وقال مخرج الأحاديث ورأيت بعض مصنفي زماننا أسندوا هذا الحديث إلى البخاري وهو غلط ولم يخرج البخاري في صحيحه لأبي حسان الأعرج شيئًا واسمه مسلم .

قوله : أحل السلف المضمون أي المؤجل ، وهذا جاء في رواية أخرى أنه تعالى أحل السلف المؤجل ، وقيل إن السلف الواجب في الذمة .

وقوله : المضمون صفة السلف والسلف متميز لا مميز كما في قوله تعالى : ﴿**النبيون الذين أسلموا** ﴾ وكقولهم الحبشي الأسود والكافور الأبيض ، وهذا لأن المسلم فيه واجب في الذمة لا

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٨/ ٥) والحاكم (٢/ ٢٨٦) من طريق قتادة عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس رضي الله عنهما . وإسناده فيه ضعف لعنعنة قتادة . وأبو حسان صدوق .

وبالسنة ، وهو ما روي أنه عليه السلام « نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم » والقياس وإن كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه . ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المسلم فيه هو المبيع .

محالة .

وقيل مميزه لأن السلف يطلق أيضًا على معنى آخر يقال : سلف الرجل آباءه الأقدمين . قوله : وأنزل فيه وفي بعض النسخ وأنزل فيها ، وكذا في نسخة شيخي العلاء . وقال الأترازي: في السلف وإنما أنث الضمير على تأويل المداينة ، ومثل ذلك حاكمًا روى صاحب «الجمهرة» عن أبي حاتم الأصمعي قال أبو عمر بن العلاء : سمعت أعرابيًا يمانيًا يقول : لفلان لغوب جاءته كتابي فاحتقرها ، فقلت : أتقول جاءته كتابي ؟ فقال أليس بصحيفة ؟ فقلت له ما اللغوب ؟ قال : الأحمق .

م: **(وبالسنة)** ش: هو عطف على قوله بالكتاب ، أي ومشروع بالسنة م: **(وهو ما روي أنه عليه السلام)** ش: أي أن النبي ﷺ م: **(نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم)** ش: هذا غريب بهذا اللفظ . وقوله ورخص في السلم من تمام الحديث لا من كلام المصنف .

وقال الكاكي : هذا نقل الحديث بالمعنى ، ولفظ الحديث « لا تبع ما ليس عندك» ، والصحابة -رضي الله عنهم- رووه بهذا اللفظ ، والمراد بما ليس عندك ما ليس في ملكه ، فإنه لو كان في ملكه يجوز وإن لم يكن حاضرًا إذا كان المشتري رآه قبل ذلك ، انتهى . قلت : الظاهر أن هذا الحديث مركب من حديثين فحديث النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا تبع ما ليس عندك » . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح .

وأما الرخصة في السلم فأخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن أبي المنهال عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : قدم النبي ﷺ المدينة والناس يسلفون في التمر السنتين والثلاث فقال : «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم إلى أجل معلوم» .

م: **(والقياس وإن كان يأباه)** ش: أي السلم أي جوازه م: **(ولكنا تركناه)** ش: أي القياس م: **(بما رويناه)** ش: وهو الحديث الذي ذكرنا الآن م: **(ووجه القياس أنه بيع المعدوم إذ المسلم فيه هو المبيع)** ش: وفي أكثر النسخ إذ المبيع هو المسلم فيه وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لا يصح ، فبيع المعدوم أولى وأجدر وانعقد الإجماع على جوازه باعتبار الحاجة والضرورة .

قال : وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام :« من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير؛ لأنهما أثمان ، والمسلم فيه لا بد أن يكون مثمنًا، فلا يصح السلم فيهما . ثم قيل : يكون باطلاً .

فإنه يحتاج إليه الفقير والغني لأنه ربما لا يكون عنده عين مال يبيعها وينفق على نفسبه فيحتاج إلى أخذ السلم والغني يحتاج إلى أن ينفق على نفسه وعياله ، فيحتاج إلى الاسترباح والاسترباح يحصل بهذا الطريق أكثر مما يحصل بشراء الأعيان ، لأن الأعيان تشترى بمثل والدين بأقل يأكل منه فجوز باعتبار الحاجة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وهو**) ش: أي السلم م: (**جائز في المكيلات**) ش: يعني في كل كيلي م: (**والموزونات**) ش: يعني في كل وزني م: (**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: («**من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم** ») ش: هذا الحديث أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن المنهال قال : سمعت ابن عباس -رضي الله عنهما - الحديث، وقد مضى الآن ، ورواه أحمد في مسنده بلفظ فلا يسلف إلا في كيل معلوم[١] .

قال البيهقي قال الشافعي - رضي الله عنه- معناه إذا أسلف أحدكم في كيل فليسلف في كيل معلوم وإن أسلف فليسلف في وزن معلوم ، وإذا سمى أجلاً فليسلم أجلاً معلومًا .

م: (**والمراد**) ش: أي مراد القدوري في قوله م: (**بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان، والمسلم فيه لابد أن يكون مثمنًا**) ش: لكونه مبيعًا م: (**فلا يصح السلم فيهما**) ش: أي في الدراهم والدنانير ، صورته أن يسلم عشرة أذرع من الكرباس وغيره من المكيل والموزون في عشرة دراهم أو دنانير ، أما لو أسلم عشرة دراهم في عشرة دنانير لا يجوز بالإجماع ، لأنه ربا .

واختلف المشايخ في السلم في الدراهم والدنانير ، أشار المصنف إلى بيانه بقوله م: (**ثم قيل يكون باطلاً**) ش: أي يكون السلم باطلاً ، وهو قول عيسى بن أبان .

وقال الكاكي : هذا الاختلاف فيما إذا أسلم الحنطة أو غيرها من المعروض .

وفي «المبسوط » لو أسلم الحنطة في الذهب والفضة لا يجوز عندنا ، وعند الشافعي في القدر يجوز ، وبه قال مالك بناء على أن النقد يصلح أن يكون مبيعًا عنده، ولكن ذكر في كتبهم أنه يصح مطلقًا ويذكر ستة أوصاف ، النوع واللون والجودة وأنه حديث أو عتيق وصغار أو كبار، وعندنا لا يصح .

---

(١) رواه أحمد في المسند (١/ ٢٨٩) من طريق عبد الله بن كثير عن أبي المنهال عن ابن عباس مرفوعاً.

وقيل : ينعقد بيعًا بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان ، والعبرة في العقود للمعاني ، والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه ولا يمكن ذلك . قال : وكذا في المذروعات ؛ لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع والصفة والصنعة ، ولابد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم ،

م: (**وقيل ينعقد بيعًا**) ش: وهو قول أبي بكر الأعمش فعنده ينعقد بيعًا م: (**بثمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان ، والعبرة في العقود للمعاني**) ش: لا للألفاظ م: (**والأول**) ش: وهو قول عيسى بن أبان م: (**أصح لأن التصحيح**) ش: أي تصحيح العقد م: (**إنما يجب في محل أوجبا**) ش: أي البائع والمشتري م: (**العقد فيه**) ش: وهو الدراهم والدنانير م: (**ولا يمكن ذلك**) ش: أي تصحيحه في محل آخر ، لأنهما لم يوجبا العقد فيه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وكذا**) ش: أي يجوز م: (**في المذروعات**) ش: ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة م: (**لأنه يمكن ضبطها بذكر الذرع**) ش: أي طولاً وعرضًا م: (**والصفة والصنعة ، ولابد منها**) ش: أي من الصفات الثلاث م: (**لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم**) ش: والتفاوت اليسير بعدها غير معتبر لأنه لا يفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم .

وفي «المجتبى» والقياس أن لا يجوز السلم في المذروعات كالثيات والحصر والبواري لتعذر قبولها في الذمة ، ولهذا لا يضمن بالمثل بالاستهلاك كالجواهر ، لكن ترك ذلك بإجماع الفقهاء ، انتهى .

وقيل ألحقت المذروعات بالمكيلات والموزونات بدلالة النص ، لأن قوله عليه السلام : من أسلم منكم . . . الحديث يقتضي الجواز في المكيلات والموزونات باعتبار التسوية في التسليم على ما وصف في المسلم فيه ، والتسوية تتحقق في المذروعات فيجوز إلحاقها بهما بطريق الدلالة .

فإن قيل : إنما يجوز العمل بالدلالة إذا لم يعارضه عبارة النص ، وها هنا عبارة قوله عليه أفضل الصلاة والسلام : «لا تبع ما ليس عندك» نافية لإلحاقها بهما ، لأن تلك العبارة لما خصصت بالكيلي والوزني بالحديث انحصر الجواز فيهما وبقي ما وراءهما تحت نفي عبارة قوله عليه السلام: لا تبع . . . الحديث ، والمذروع فيما وراءهما فلا يصح العمل بالدلالة .

قلنا : هذا الذي ذكرتَه حجةٌ عليك ، لأن العام من الكتاب إذا خص منه البعض لا يبقى الباقي حجة أصلاً عند الكرخي ، فكيف في السنة ؟! ، وعلى القول المختار إن بقي حجة ولكن مرتبته دون مرتبة القياس وخبر الواحد ولاشك أن دلالة النص أقوى من القياس وخبر الواحد ، فلم يكن ذلك العام معارضًا للدلالة ، فبقيت الدلالة سالمة عن المعارض فيجوز السلم في

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض ؛ لأن العددي المتقارب معلوم ، مضبوط الوصف ، مقدور التسليم ، فيجوز السلم فيه ، والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت ، بخلاف البطيخ والرمان ؛ لأنه يتفاوت آحاده تفاوتًا فاحشًا ، وتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت . وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية ،

المذروعات والعدديات الثابت بها مساويًا لما ثبت بالنص أو أقوى . وفي «الإيضاح »جواز السلم في الثياب بطريق الاستحسان ، لأنها مصنوع العبد ، والعبد يصنع بالآلة ، فإذا اتخذ الآلة والصانع يتخذ المصنوع فلا يبقى بعد ذلك إلا قليل تفاوت ، وذا يحتمل في المعاملات دون الاستهلاكات ، ألا ترى أن الأب إذا باع مال ولده الصغير بغبن يسير كان متحملاً ، ولو استهلك شيئًا يسيراً يجب عليه ضمانه .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يجوز السلم م: (**في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض ؛ لأن العددي المتقارب**) ش: وهو ما لا يتفاوت آحادها بالقيمة ويضمن بالمثل م: (**معلوم مضبوط الوصف، مقدور التسليم ، فيجوز السلم فيه ، والصغير والكبير فيه سواء باصطلاح الناس على إهدار التفاوت**) ش: فإن المسامحة تجري فيما بينهم في صغيره وكبيره، فإنك لا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين ، وإنما تفاوت إذا عد في المالية وذلك التفاوت يفوت بذكر النوع ، ولهذا جوزوا السلم في الباذنجان والكاغد عددًا ، وبه قال الشافعي ، وفي «شرح الطحاوي» صغير البيض وكبيره سواء بعد إن كان من جنس واحد .

وقال الشافعي : يجوز السلم في كل المعدودات المتقاربة والمتفاوت وزنًا وهل يجوز كيلاً له، فيه وجهان .

وقال في الجوز واللوز : يجوز وزنًا ولا يجوز كيلاً ، وقال الأوزاعي : في العدديات المتفاوت وبه مثل مذهبنا واسمه عبد الرحمن بن عمرو . وفي «وجيز الشافعية» ولا يكفي العد في المعدودات ، بل لا بد من ذكر الموزون .

م: (**بخلاف البطيخ والرمان ؛ لأنه يتفاوت آحاده تفاوتًا فاحشًا**) ش: فإنك ترى بطيخًا بدرهم وبطيخًا بدرهمين ، وبين الضابط في معرفة العددي المتفاوت عن المتفاوت بقوله م: (**وتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت**) ش: أي بتفاوت آحاد العددي في المالية دون الأنواع يعرف العددي المتفاوت وهو المروي عن أبي يوسف .

وأيد ذلك بقوله م: (**وعن أبي حنيفة أنه**) ش: أي أن السلم م: (**لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية**) ش: وقال الأترازي : وتفسير العددي المتفاوت ما نقل عن أبي يوسف ما

ثم كما يجوز السلم فيه عددًا يجوز كيلاً . وقال زفر - رحمه الله - : لا يجوز كيلاً ؛ لأنه عددي وليس بمكيل . وعنه أنه لا يجوز عددًا أيضًا للتفاوت . ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل ، وإنما صار معدودًا بالاصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما . وكذا في الفلوس عددًا . وقيل : هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد لا يجوز لأنها أثمان . ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما ولا تعود وزنيًا ، وقد ذكرناه من قبل . ولا يجوز السلم في الحيوان . وقال الشافعي : يجوز

اختلف آحاده في القيمة واختلف أجناسه فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدر والجواهر واللآلئ والأدم والجلود والخشب والرؤوس والأكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها ، إلا إذا بين من جنس الجلود والأدم والخشب والجذع شيئًا معلومًا وطولاً معلومًا وغليظًا معلومًا وأتى بجميع شرائط السلم والتحق بالمتقاربة يجوز ، وكذا السلم في الجوالق والغدائر كذا في «التحفة» .

وقال الكاكي والحد الفاصل بين التفاوت والمتقارب أن ما كا ن مستهلكة بالمثل يكون متقاربًا وبالقيمة يكون متفاوتًا .

م: (**ثم كما يجوز السلم فيه**) ش: أي في العددي المتقارب م: (**عددًا**) ش: أي من حيث العدد م: (**يجوز كيلاً**) ش: أي من حيث الكيل م: (**وقال زفر - رحمه الله - : لا يجوز كيلاً ؛ لأنه عددي وليس بمكيل . وعنه**) ش: أي وعن زفر م: (**أنه لا يجوز عددًا أيضًا للتفاوت**) ش: في الآحاد .

م: (**ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل ، وإنما صار مدعدوًا بالاصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما**) ش: أي باصطلاح المتعاقدين ، فلا يفضي إلى المنازعة في التسليم والتسلم م: (**وكذا**) ش: أي كذا يجوز السلم م: (**في الفلوس عددًا**) ش: أي من حيث العدد ، وهو ظاهر الرواية م: (**وقيل هذا**) ش: أي الجواب م: (**عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد لا يجوز ، لأنها أثمان**) ش: والثمن في السلم لا يجوز .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف م: (**أن الثمنية في حقهما**) ش: أي في حق المتعاقدين م: (**باصطلاحهما**) ش: لعدم ولاية الغير عليهما م: (**فيبطل باصطلاحهما**) ش: أي ولهما إبطال اصطلاحهما ، فإذا بطلت الثمنية بقي مثمنًا يتعين بالتعيين فجاز السلم م: (**ولا تعود وزنيًا**) ش: هذا رد لقول محمد أنها بعد الكساد تعود وزنيًا لأنها قطع صغار موزونة م: (**وقد ذكرناه من قبل**) ش: أي في باب الربا في مسألة بيع الفلس بالفلسين .

م: (**ولا يجوز السلم في الحيوان**) ش: سواء كان دابة أو رقيقًا ، وبه قال الثوري والأوزاعي م: (**وقال الشافعي : يجوز**) ش: وبه قال مالك وأحمد إلا في الخلفات ، فإن الخلفة اسم لمجهول الحال

لأنه يصير معلومًا ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبه الثياب . ولنا أن بعد ذكر ما ذكر يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة ، بخلاف الثياب ؛ لأنه مصنوع العباد ، فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد،

ولمعاد الحيوان المطلق بلا صفة ، فيجوز بالاتفاق .

قلت : الخلفة بفتح الخاء المعجمة وكسر اللام وبالفاء الحامل من النوق ، ويجمع على خلفات وخلائف ، وقد خلفت إذا حملت ، وأخلفت إذا حالت م: (**لأنه**) ش: أي لأن الحيوان م: (**يصير معلومًا ببيان الجنس**) ش: بأن قال إبل م: (**والسن**) ش: بأن قال : بنت مخاض أو جذع أو ثني م: (**والنوع**) ش: بأن قال بختي أو عربي م: (**والصفة**) ش: بأن قال : سمين أو هزال ، يعني يضبط ماليته بهذه الأربعة ، والموصوف بمنزلة المرئي م: (**والتفاوت بعد ذلك**) ش: أي بعد بيان هذه الأربعة م: (**يسير**) ش: لقلته م: (**فأشبه الثياب**) ش: في الجواز ، وقد ثبت أن النبي ﷺ أمر عمرو بن العاص أن يشتري بعيرًا ببعيرين في تجهيز الجيش إلى أجل[1] ، وأنه- عليه السلام- استقرض بكرًا وقضاه رباعيًا[2] ، والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض .

م: (**ولنا أن بعد ذكر ما ذكر**) ش: أي من الجنس والسن والنوع والصفة م: (**يبقى فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة**) ش: كالصباحة والملاحة والفصاحة والخلق الحسن والذهن والكياسة وحسن الشهرة والهملجة في الدواب وهي معنى سهل وشدة العدو ، فإنك ترى عبدين متفقين في الأوصاف المذكورة مع ذلك يساوي أحدهما ألفًا والآخر ألفين ، قال الشاعر :

الأدب فردًا يعدل الألف زائدًا   وألف تراهم لا يساوون واحدًا

وهذه معاني لا تضبط بالوصف ، فبقي جهالة م: (**فيفضي إلى المنازعة**) ش: فلا يجوز م: (**بخلاف الثياب**) ش: جوابًا عن قياس الشافعي السلم في الحيوان على القياس في الثياب فأجاب بأن هذا القياس غير صحيح م: (**لأنه**) ش: أي لأن الثياب ، وتذكير الضمير باعتبار المذكور م: (**مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد**) ش: لأن العبد إنما يصنع بآلة ، فإذا اتحد الصانع والآلة اتحد المصنوع ، ولا يتفاوت في المالية إلا يسيرًا ، ولا يعتبر بذلك القدر والحيوان صنع الله تعالى .

وذلك يكون على ما يريده تعالى ، فقد كان على وجه لا يوجد له نظير ، وفي مثله لا يجوز السلم بالاتفاق .

---

(١) تقدم تخريجه .

(٢) تقدم تخريجه .

وقد صح أن النبي ﷺ « نهى عن السلم في الحيوان » ، ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير.

والجواب عن حديث عمرو بن العاص: أنه كان قبل نزول آية الربا ، أو كان في دار الحرب ولا ربا بين المسلم والحربي فيها ، وتجهيز الجيش وإن كان في دار الإسلام فنقل الآلات كان في دار الحرب لعزتها في دار الإسلام يومئذ .

والجواب عن الحديث الثاني: أنه لم يكن القرض ثابتًا في ذمة رسول الله ﷺ بدليل أنه قضاه من إبل الصدقة والصدقة حرام عليه ، فكيف يجوز أن يفعل ذلك .

م: **(وقد صح أن النبي ﷺ نهى عن السلم في الحيوان)**[1] ش: هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرك والدارقطني في سننه عن إسحاق بن إبراهيم بن حربي حدثنا عبد الملك الزماري حدثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيي بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس- رضي الله عنهما- أن النبي ﷺ نهى عن السلف في الحيوان ، وقال الحاكم : صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وقال ابن حبان : إسحاق بن إبراهيم منكر الحديث جداً يأتي عن الثقات بالموضوعات لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب م: **(ويدخل فيه)** ش: أي في قوله في الحيوان م: **(جميع أجناسه)** ش: أي أجناس الحيوان م: **(حتى العصافير)** ش: أي حتى يدخل العصافير أيضًا ، لا يقال النهي عن الحيوان في الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل محل النزاع ، لأنا نقول إن محمد بن الحسن قد فسر هذا الحديث في أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضي الله عنه دفع مالاً مضاربة إلى زيد بن خليدة فأسلمها زيد إلى عتريث بن عرقوب في قلائص معلومة.

وقال ابن مسعود : اردد مالنا ، لا نسلم أموالنا في الحيوان ، فعلم أن عدم جواز السلم في الحيوان لم يكن فيه باعتبار ترك الوصف ، لأن القلائص كانت معلومة ، فكان المنع لكونه حيوانًا لا يقال في كلام المصنف تسامح ، لأن الدليل المذكور بقوله: ولنا منقوض بالعصافير ، لأن ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب ، بل من حيث جواب الخصم ، وأما الدليل على ذلك فهو السنة .

فإن قلت : السلم في الحيوان إنما لا يصح لتفاوت يعتبره الناس والتفاوت من العصافير غير معتبر ، فينبغي أن يجوز السلم فيها .

---

(١) ضعيف جداً : رواه الحاكم في المستدرك - في البيوع - باب النهي عن السلف في الحيوان (٢/ ٥٧) والدارقطني في البيوع (ص: ٣١٩) من طريق إسحاق بن إبراهيم ثنا عبد الملك الزماري ثنا سفيان الثوري عن معمر عن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس مرفوعاً . قلت : وإسحاق بن إبراهيم منكر الحديث . وقد ذهل الحاكم فقال : صحيح الإسناد .

قال : ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع للتفاوت فيها ، إذ هو عددي متفاوت لا مقدار لها .
قال: ولا في الجلود عددًا ، ولا في الحطب حزمًا ، ولا في الرطبة جرزًا للتفاوت فيها ، إلا إذا عرف ذلك

قلنا : العبرة في المنصوص لعين النص لا للمعنى ، والنص لم يفصل بين حيوان وحيوان ، كذا في «الكافي» .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا في أطرافه**) ش: أي ولا يجوز السلم أيضًا في أطراف الحيوان م: (**كالرؤوس والأكارع**) ش: وهو جمع كراع الشاة والبقر ، ويجمع على كراع أيضًا م: (**للتفاوت فيها ، إذ هو عددي متفاوت لا مقدار لها**) ش: أي لا مقدر له لاختلافها بالصغر والكبر والسمنى والهزال ، وتذكير الضمائر باعتبار المذكور ، وبقولنا قال الشافعي في الأظهر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا في الجلود عددًا**) ش: أي ولا يجوز السلم في الجلود أيضًا من حيث العدد لأنها عددية ، وفيها الصغير والكبير فيفضي السلم فيها إلى المنازعة ولا يتوهم أنه يجوز وزنًا لقيده عددًا ، لأن معناه أنه عددي فحيث لم يجز عددًا لم يجز وزنًا بالطريق الأولى ، لأنه لا يوزن عادة وبه قال الشافعي - رحمه الله - في الأظهر ، وقال مالك وأحمد في قول يجوز السلم في الجلود والرؤوس والأكارع عددًا أو وزنًا .

وفي «الذخيرة» : ولو بين للجلود ضربًا معلومًا يجوز السلم فيه م: (**ولا في الحطب حزمًا**) ش: أي ولا يجوز السلم أيضًا في الحطب من حيث الحزم وهو جمع حزمة ، قال في «الجمهرة» كل شئ جمعته كالإضبارة فقد حزمته ، ومنه سميت حزمة الحطب ، وإنما لا يجوز لكونه مجهولاً من حيث طوله وعرضه وغلظه ، فإن عرف ذلك جاز ، كذا في «المبسوط» م: (**ولا في الرطبة جرزًا**) ش: أي ولا يجوز السلم أيضًا في الرطبة من حيث الجرز بضم الجيم وفتح الراء بعدها الزاي ، أي جمع جرزة وهي أي الحزمة والرطبة الاسفيست ، والجمع رطاب قاله في «المغرب» ، وهي التي تسميها أهل مصر برسيمًا .

وأهل البلاد الشمالية مسخًا . وفي «الشامل» : لا خير في السلم في الرطبة لأنها تباع حزمًا ويجوز في القت لأنه يباع وزنًا . وفي «المبسوط» : ولا يجوز أوقارًا ، أي أحمالاً للجهالة م: (**للتفاوت فيها**) ش: أي لأجل التفاوت في عدد الجلود وحزم الحطب وجرز الرطبة . م: (**إلا إذا عرف ذلك**) ش: هذا الاستثناء متعلق بمسألة الرطبة جرزًا ، لأن ما بعده من كلام المصنف يدل على ذلك لا يخفى على المتأمل .

قولة : عرف يجوز فيه التخفيف والتشديد ، فعلى التخفيف يكون على صيغة المجهول ، ويكون قوله ذلك في محل الرفع ، وهو إشارة إلى ما ذكر من الجرز . وأما على التشديد من

بأن يبين له طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع ، فحينئذ يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت .
قال : ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل ، حتى لو كان منقطعًا عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس ، أو منقطعًا فيما بين ذلك لا يجوز .
وقال الشافعي : يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة وله أنه على

التعريف فعلى صيغة المعلوم والفاعل فيه فهو الضمير الذي يرجع بالقرينة إلى المسلم إليه ، ويجوز أن يرجع إلى رب السلم ويكون قوله ذلك حينئذ في محل النصب على أنه مفعول عرف . ثم بين المصنف -رحمه الله- وجه التعريف بقوله :

م: (**بأن يبين له طول ما يشد به الحزمة**) ش: وكلمة «أن » مصدرية ، أي ببيان طول ما يشد به الحزمة ، ولفظ يبين أيضًا يحتمل الوجهين المعلوم والمجهول بحسب الوجهين المذكورين في عرف ، فعلى كون عرف مجهولاً يكون لفظ يبين مجهولاً أيضًا ، وعلى كونه مشدداً معلومًا يكون يبين أيضًا معلومًا ، والضمير فيه يرجع إلى رب السلم أو المسلم إليه كما ذكرنا الآن في عرف وقوله م: (**أنه**) ش: بفتح الهمزة بدل من قوله طول ، وقوله : م: (**شبر**) ش: مرفوع لأنه خبر أن .

وقوله م: (**أو ذراع**) ش: عطف عليه ،وقوله م: (**فحينئذ**) ش: أي حين يبين طول ما يشد به الحزمة من كونه قدر شبر أو قدر ذراع م: (**يجوز**) ش: أي السلم م: (**إذا كان**) ش: أي تشدد الحزمة م: (**على وجه لا يتفاوت**) ش: أي بالشد ، أما إذا كان يتفاوت كالشوك ونحوه فلا يجوز لإفضائه إلى المنازعة ، ولم أر أحداً من الشراح حرر هذا الموضوع كما ينبغي فبحمد الله حررناه كما هو المطلوب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجوداً من حين العقد إلى حين المحل**) ش: حاصل هذا أنه يشترط وجود المسلم فيه زمان العقد وزمان المحل وفيما بينهما م: (**حتى لو كان منقطعًا عند العقد موجوداً عند المحل أو على العكس**) ش: فإن كان موجوداً عند العقد ومنقطعًا عند المحل م: (**أو منقطعًا**) ش: أي أو كان منقطعًا م: (**فيما بين ذلك**) ش: أي فيما بين وقت العقد ووقت المحل م: (**لا يجوز**) ش: أي السلم عندنا ولعل المسألة أن السلم في المنقطع لا يجوز عندنا .

م: (**وقال الشافعي: يجوز إذا كان موجوداً وقت المحل لوجود القدرة**) ش: فإنه يقول : يشترط أن يكون موجوداً عند المحل فحسب ، وبه قال مالك وأحمد وإسحاق .

وقال الكاكي والشافعي : يعتبر وجوده عند المحل ، ومالك عند العقد وعند المحل، ولا ينقطع الانقطاع فيما بين ذلك م: (**وله**) ش: أي الشافعي م: (**أنه**) ش: أي أن المسلم فيه م: (**على**

التسليم حال وجوبه . ولنا قوله- عليه السلام- : « لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها » ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلابد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل .

التسليم حال وجوبه) ش: وهو زمان حلول الأجل والمعجزة ، قيل ذلك لا يعتبر لأنه ليس بأوان توجيه المطالبة .

م: **(ولنا قوله عليه السلام)** ش: أي قول النبي ﷺ : م: **(لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها)** ش: وهذا الحديث أخرجه أبو داود وابن ماجة واللفظ له عن أبي إسحاق عن رجل ، قال قلت لعبد الله بن عمر -رضي الله عنهما- . . . الحديث ، وفي آخره : ولا تسلفوا في نخل حتى يبدو صلاحها [(١)] ، انتهى .

وقال المنذري : في إسناده رجل مجهول ، وذكره عبد الحق في «أحكامه» من جهة أبي داود وقال : إسناده منقطع . وأخرج الطبراني في «الأوسط» حديثًا عن أبي هريرة وفي آخره : ولا تسلموا في ثمرة حتى يأمن عليها صاحبها العاهة م: **(ولأن القدرة على التسليم)** ش: أي على تسليم المسلم فيه م: **(بالتحصيل)** ش: أي تحصيل المسلم فيه م: **(فلابد من استمرار الوجود)** ش: أي وجود المسلم فيه م: **(في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل)** ش: ولا يقدر المسلم إليه على اكتساب المنقطع . وقول الشافعي القدرة على التسليم عند المحل موجودة . قلنا : إنما تكون القدرة حينئذ موجودة إذا بقي العاقد حيًا إلى ذلك الوقت ، وفي بقائه حيًا شك فلا تثبت القدرة بأمر مشكوك . فإن قال : الأصل هو الحياة وما يثبت يبقى إلى أن يوجد دليل الزوال . قلنا : الأصل يعتبر لإبقاء ما كان على ما كان ، والقدرة في الحال معدومة فلا يعتبر الأصل لإثبات شيء يوجد في المستقبل .

وقال الولواجي في «فتاواه» وحد الانقطاع ما قاله الفقيه أبو بكر البلخي أن لا يوجد في سوقه الذي يخبز ويباع فيه ، وإن كان قد يوجد في البيوت .

وفي «مبسوط أبي اليسر» ولو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذي لا

---

(١) رواه أبو داود في البيوع - باب في السلم في ثمرة بعينها (٣٤٦٧) وابن ماجة في « البيوع »باب إذا أسلم في نخل بعينه لم يطلع (٢٢٨٤) من طريق أبي إسحاق عن رجل بحراني عن ابن عمر -رضي الله عنهما- .

قلت : وفيه علتان ، الأولى ، عنعنة أبي إسحاق وهو مدلس ، والثانية هذا الرجل المبهم فهو منقطع .

ورواه الطبراني في الأوسط (٥/ ٥٦) من طريق حريز بن عثمان عن حبيب بن عبيد عن أبي بشر عن أبي هريرة مرفوعاً وفيه : ولا تسلموا على ثمرة حتى يأمن عليها صاحبها .

قلت : وإسناده صحيح .

ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ السلم وإن شاء انتظر وجوده ؛ لأن السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال ، فصار كإباق المبيع قبل القبض . قال : ويجوز السلم في السمك المالح وزنًا معلومًا وضربًا معلومًا ؛ لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم، إذ هو غير منقطع .

يوجد فيه ، لأنه لا يمكن إحضاره إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم حتى لو أسلم في الرطب ببخارى لا يجوز وإن كان يوجد بسجستان .

م: (**ولو انقطع بعد المحل**) ش: ذكر هذا تفريعًا على مسألة القدوري ، أراد أن المسلم فيه كان موجودًا من وقت العقد إلى وقت المحل ثم انقطع بعد المحل ، أي بعد حلول الأجل م: (**فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ السلم**) ش: ويأخذ رأس المال م: (**وإن شاء انتظر وجوده**) ش: أي وجود المسلم فيه م: (**لأن السلم قد صح**) ش: ولكنه قد عجز عن التسليم م: (**والعجز الطارئ على شرف الزوال**) ش: فيتخير المعاقد م: (**فصار**) ش: حكم هذا م: (**كإباق المبيع قبل القبض**) ش: في بقاء العقد ، وبقولنا قال الشافعي في الأصح .

وقال زفر : يبطل العقد وبه قال الشافعي في قول ، وهو رواية عن الكرخي : ويسترد رأس المال للعجز عن التسليم ، فصار كما لو ملك المبيع قبل القبض في بيع العين ، وقال الأكمل - رحمه الله - وفي قوله : والعجز الطارئ عن التسليم على شرف الزوال إشارة إلى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه في هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع ، وكذلك ها هنا . ووجهه أن العجز عن التسليم إذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالهلاك لأنه غير ممكن الزوال عادة ، فكان القياس فاسدًا .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في «الجامع الصغير» : م: (**ويجوز السلم في السمك المالح**) ش: قال الكاكي : السمك المالح بالفارسية « ما هي خشك » وفي «المغرب» : سمك مليح ومملوح وهو المقدر الذي فيه ملح ، ولا يقال سمك مالح إلا في لغة رؤبة ، ولكن قال الشاعر :

بصرية تزوجت بصريا أطعمها المالح والطريا

وقال الإمام الزرنوجي : وكفى بذلك حجة للفقهاء . قلت : قال ابن دريد : سمك وملح مليح ولا تلتفت إلى قول الآخر : أطعمها المالح والطريا ، ذلك مولد لا يؤخذ بلغته . وقال في ديوان الأدب : ملح القدر طرح الملح فيها بقدر ، فعلى هذا يجوز أن يقال : سمك مملوح م: (**وزنًا معلومًا**) ش: أي من حيث الوزن المعلوم م: (**وضربًا معلومًا**) ش: أي من حيث الضرب ، أي النوع المعلوم م: (**لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم ، إذ هو**) ش: أي لأن السمك م: (**غير منقطع**) ش: عن الوجود .

ولا يجوز السلم فيه عدداً للتفاوت . قال : ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزنًا معلومًا وضربًا معلومًا ؛ لأنه ينقطع في زمان الشتاء ، حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقًا ، وإنما يجوز وزنًا لا عددًا لما ذكرنا . وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتباراً بالسلم في اللحم عنده. قال : ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة .

م: **(ولا يجوز السلم فيه)** ش: أي في السمك م: **(عددًا)** ش: أي من حيث العدد م: **(للتفاوت)** ش: أي لتفاوت آحاده ، فإن قيد الصغير والكبير . وقال صاحب «التحفة» فأما السلم في السمك فقد اضطربت عبارة الروايات عن أصحابنا في الأصل والنوادر .

والصحيح من المذهب أن السلم يجوز في السمك الصغار وزنًا وكيلاً ، ويستوي فيه المالح والطري في حينه ، وأما الكبار ففيه روايتان عن أبي حنيفة في ظاهر الرواية يجوز كيفما كان ، وفي رواية أبي يوسف في كتاب «الأمالي» عنه أنه لا يجوز ، وعلى قول أبي يوسف ومحمد يجوز في ظاهر الرواية كما في اللحم .

وفي رواية أخرى عنهما لا يجوز ، بخلاف اللحم .م: **(قال: ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزنا معلومًا وضربًا معلوما ؛ لأنه ينقطع في زمان الشتاء ، حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقًا ، وإنما يجوز وزنًا لا عددًا لما ذكرنا . وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عنده)** ش: وقال محمد في «الجامع الصغير» عن يعقوب عن أبي حنيفة : لا يجوز السلم في السمك الطري ، إلا أن يكون في حينه ضربًا معلومًا ، قال الفقيه أبو الليث السمرقندي-رحمه الله تعالى :

قال بعض الناس: هذا الحرف خطأ يعني قوله: في حينه ، لأن السمك صيد والصيد لا يكون له حين ففي كل وقت يمكن صيده ، ثم قال الصحيح ما ذكره في الكتاب ، لأن صفة الانقطاع أن لا يوجد في الأسواق والسمك الطري ربما يوجد في السوق ، وربما لا يوجد فإن أسلم في وقت يوجد في السوق جاز السلم ، وإن أسلم في وقت لا يوجد في السوق لا يجوز .

م: **(قال: ولا خير في السلم في اللحم)** ش: أي لا يجوز السلم في اللحم م: **(عند أبي حنيفة)** ش: وعن العلامة شمس الأئمة الكردي -رحمه الله- أن المجتهد إذا استخرج حكمًا بالرأي ، فإن كان في حيز عدم الجواز يقول : لا خير ، وإن كان في حيز الجواز يقول لا بأس تحرزًا عن القطع في حكم الله تعالى بالرأي .

وفي «المبسوط» وإنما قال : لا خير لأنه مختلف في قول أبي حنيفة . وقال الأكمل: خير نكرة وقعت في سياق النفي فيفيد نفي أنواع الخير بعمومه ، ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة .

وقالا: إذا وصف من اللحم موضعًا معلومًا بصفة معلومة جاز ؛ لأنه موزون مضبوط الوصف ، ولهذا يضمن بالمثل ، ويجوز استقراضه وزنًا ، ويجري فيه ربا الفضل ، بخلاف لحم الطيور ، لأنه لا يمكن وصف موضع منه ، وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة ، وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة ، وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني ، وهو الأصح . والتضمين بالمثل ممنوع

م: (**وقالا**) ش: أي وقال أبو يوسف ومحمد: م: (**إذا وصف**) ش: أي رب السلم م: (**من اللحم موضعًا معلومًا بصفة معلومة جاز**) ش: يعني إذا بين جنسه ونوعه وصنفه وموضعه كشاة خصي لشيء سمين من الجنب أو الظهر مائة من ربه ، قال الشافعي - رحمه الله - في «الحقائق والعيون» والفتوى على قولهما م: (**لأنه**) ش: أي لأن اللحم م: (**موزون**) ش: في عادة الناس م: (**مضبوط الوصف**) ش: ببيان هذه الأشياء . وفي «المبسوط» قيل لا خلاف بينهما وبين أبي حنيفة ، بل جواب أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم ومما لا يجوز أن ذلك أيضًا وجوبهما فيما إذا بينا موضعًا معلومًا ، وأبو حنيفة يجوز ذلك أيضًا .

والأصح أن الخلاف ثابت وأن عنده لا يجوز السلم وإن بين موضعًا معلومًا ، وعندهما يجوز إذا بينا موضعًا معلومًا م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل كونه موزونًا مضبوط الوصف م: (**يضمن بالمثل**) ش: في زمان العدوان إذا أتلفه الغاصب يضمن المثل وزنًا وما فيه من العظم غير مانع لجوازه لأنه ثابت بأصل الخلقة كالنوى في التمر ، وهكذا يجوز السلم في الألية وإن كانت لا تخلو عن أدنى عظم ، ويجوز السلم في الشحم والألية بالإجماع ، لأنه موزون معلوم الوصف م: (**ويجوز استقراضه**) ش: أي استقراض اللحم م: (**وزنًا**) ش: أي من حيث الوزن م: (**ويجري فيه ربا الفضل**) ش: بعلة الوزن م: (**بخلاف لحم الطيور**) ش: فإنه لا يجوز السلم فيه م: (**لأنه لا يمكن وصف موضع منه**) ش: لقلة لحمه .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة م: (**أنه**) ش: أي أن اللحم م: (**مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته**) ش: فيؤدي إلى المنازعة م: (**أو في سمنه**) ش: أي أو للتفاوت في سمنه م: (**وهزاله**) ش: لأن هذا يختلف م: (**على اختلاف فصول السنة**) ش: وبقلة الكلأ وكثرته م: (**وهذه الجهالة**) ش: أشار به إلى الجهالة في الوجهين م: (**مفضية إلى المنازعة**) ش: والمفضي إلى المنازعة مانع م: (**وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني**) ش: وهو وجه السمن والهزال .

قال صاحب « المختلف» وهو رواية أبي شجاع عن أبي حنيفة م: (**وهو الأصح**) ش: أي وهذا هو الأصح ، لأنه لا يجوز أن يكون الحكم حلالاً بعلتين ولا يلزم من انتفاء إحدى العلتين انتفاء الحكم م: (**والتضمين بالمثل ممنوع**) ش: هذا جواب عن قولهما ، ولهذا يضمن بالمثل بالمنع وبعد التسليم ، فالمثل أعدل من القيمة ، لأن فيه رعاية الصورة والمعنى .

وكذا الاستقراض ، وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ؛ ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته ، أما الوصف فلا يكتفى به . قال : ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً . وقال الشافعي : يجوز حالاً لإطلاق الحديث ورخص في السلم . ولنا قوله ﷺ : « إلى أجل معلوم » فيما روينا ،

وقال الإمام ظهير الدين كان : والذي يقول : إن كان اللحم نضيجًا فهو من ذوات القيم وإن كان نيئًا ففيه روايتان . وذكر في الجامع الكبير ولو أن رجلاً غصب من رجل لحمًا فشواه ثم جاء إنسان واستحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب ، وكان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم .

وقال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح «الجامع الكبير» قول محمد في هذه المسألة كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم ، نص على أن اللحم مضمون بالقيمة دون المثل ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس بمثلي إلا في هذا الموضع ، يعني في «الجامع الكبير» ، ولهذا قال صاحب «الفتاوى الصغرى» تضمين اللحم بالمثل قولهما ، ثم قال : ورأيت وسط غصب المنتقى روى أبو يوسف عن أبي حنيفة إذا استهلك لحمًا كان عليه قيمته .

م: (**وكذا الاستقراض**) ش: أي ممنوع أيضًا وزنًا م: (**وبعد التسليم**) ش: أي وبعد تسليم الجواز في التضمين بالمثل م: (**فالمثل أعدل من القيمة**) ش: لأن الأصل في ضمان العدلان المماثلة في مثل الشيء صورة ومعنى ، فيكون أعدل من القيمة لأنها مثل معنى لا صورة م: (**ولأن القبض**) ش: يعني في الاستقراض م: (**يعاين**) ش: فيقبض حالاً فترتفع الجهالة فلا تفضي إلى المنازعة ، وهو معنى قوله م: (**فيعرف مثل المقبوض به في وقته**) ش: لأن القبض محسوس معاين م: (**أما الوصف فلا يكتفى به**) ش: أي السلم يقع على الموصوف في الذمة ، ولا يكتفى بالوصف عند العقد حيث لا يعرف الموجود عند المحل ، فلا يكتفى به لبقاء الجهالة المفضية إلى المنازعة .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً**) ش: يعني السلم الحال وهو السلم بغير أجل ، لا يجوز عندنا ، وبه قال مالك وأحمد م: (**وقال الشافعي: يجوز حالاً**) ش: وفي بعض النسخ وقال الشافعي : يجوز أي السلم بدون الأجل ، وبه قال عطاء وأبو ثور واختاره ابن المنذر . وصورة السلم الحال أن يقول : أسلمت عشرة في كر حنطة ولم يذكر الأجل م: (**لإطلاق الحديث**) ش: وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان م: (**ورخص في السلم**) ش: فالنبي ﷺ أجاز السلم مطلقًا ، فاشتراط التأجيل زيادة على النص .

م: (**ولنا قوله ﷺ : « إلى أجل معلوم » فيما روينا**) ش: يعني في أوائل الباب وهو قوله عليه السلام : « من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » ، وقد مر الكلام

ولأنه شرع رخصة دفعًا لحاجة المفاليس فلابد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ، ولو كان قادرًا على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي .

فيه هناك . وقد شرط رسول الله ﷺ الأجل كما ترى .

فإن قيل : معناه من أراد سلمًا مؤجلاً فليسلم إلى أجل معلوم ، وبه نقول ، والحصر ممنوع ، وحينئذ لم يبق مفيدًا فيحمل عليه المطلق ، والدليل على ذلك قوله : في كيل معلوم ووزن معلوم فإنه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد ، فكان معناه في كيل معلوم إن كان كيليًا ، ووزن معلوم إن كان وزنيًا فيقدر إلى أجل معلوم إن كان مؤجلاً .

فالجواب : أن قضية العقد كفت مؤنة التمييز ، فلا حاجة إلى التقدير ، لأنه خلاف الأصل سلمناه ، ولكن لا يلزم من تحمل المحذور لضرورة تحمله ولا لضرورة في التقدير في الأجل لا يقال العمل بالدليلين ضرورة فيحتمل التقدير لأجله ، لأن قوله : رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي إنما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال ، على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الأجل فليتأمل .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن السلم م: (**شرع رخصة دفعًا لحاجة المفاليس فلابد من الأجل ليقدر**) ش: أي المسلم إليه م: (**على التحصيل**) ش: أي تحصيل المسلم فيه م: (**فيه**) ش: أي فيه الأجل الذي عيناه ليحصل م: (**فيسلم**) ش: أي المسلم إليه يعلم المسلم فيه م: (**ولو كان قادرًا على التسليم**) ش: في الحال لم يوجد المرخص ، لأن الرخصة شرعت لعذر مع قيام المانع وهو بيع المعدوم والعذر هو العجز عن التسليم ، ولو قدر على تسليمه م: (**لم يوجد المرخص**) ش: فيه وهو عجز المسلم إليه م: (**فبقي على النافي**) ش: وهو قوله عليه السلام : « **لا تبع ما ليس عندك**» .

فإن قيل : لو كانت شرعية السلم دفعًا لحاجة المفاليس لكان اختص بحالة الإفلاس، لأنه ثبت على خلاف القياس فيقتصر عليه وليس كذلك ، ألا ترى أنه يجوز بيع الحنطة سلمًا وعنده أكرار حنطة .

قلنا : إن الشيء لا يباع سلمًا إلا بأدنى الثمنين والتاجر لا يبيع إلا للربح ، فذاك البيع بأدنى التمييز على أنه لا يبيع إلا للعجز عن الربح ولا عجز إلا بأن يجعل ما عنده مستغرقًا لحاجته ، ولأن حقيقة العدم أمر باطني لا يمكن الوقوف عليه حقيقة ، والشرع بنى هذه الرخصة على العدم ، فيبني على السبب الظاهر الدال على العدم ليمكننا تعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل العدم . والجواب عن الحديث الذي استدل به الشافعي أنه يدل على جواز السلم بطريق الرخصة والضرورة ، ونحن نقول به ، ولكن لا ضرورة في سلم الحال لأنه إن كان قادرًا انتفت الضرورة وإن لم يكن قادرًا انتفى الغرض والمقصود .

قال : ولا يجوز إلا بأجل معلوم لما روينا ، ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع والأجل أدناه شهر ، وقيل : ثلاثة أيام ، وقيل : أكثر من نصف اليوم ، والأول أصح . قال : ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه ، معناه إذا لم يعرف مقداره ؛ لأنه يتأخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي إلى المنازعة ،

فإن قلت : معاوضة محضة فلا يكون التأجيل فيها شرطًا كما في بيوع الأعيان .

قلت : يبطل ذلك بالكتابة عند الخصم ، فإنه يشترط الأجل فيها ويبطل أيضًا بالسلم المعدوم . م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا يجوز**) ش: أي السلم م: (**إلا بأجل معلوم لما روينا**) ش: وهو قوله ﷺ من أسلم منكم . . الحديث ، وفيه إلى أجل معلوم وقد مر في أوائل الباب ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك : يجوز الأجل إلى الحصاد لعدم إفضائه إلى المنازعة غالبًا م: (**ولأن الجهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع**) ش: فيفسد العقد بها م: (**والأجل أدناه شهر**) ش: قال صاحب «التحفة» : لا رواية عن أصحابنا في المبسوط في مقدار الأجل ، واختلفت الروايات عنهم ، والأصح ما روي عن محمد أنه مقدر بالشهر ، لأنه أدنى الأجل وأقصى العاجل م: (**وقيل ثلاثة أيام**) ش: أي أدنى المدة ثلاثة أيام ، وهو قول الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران الشيخ الطحاوي اعتبارًا للأجل بالخيار الذي ورد الشرع بتقديره بثلاثة أيام، وهو رواية عن محمد .

وفي «شرح المجمع » وهذا ليس بصحيح ، لأن الثلاث هناك أقصى المدة وأدناه غير مقدر ، وهكذا في الإيضاح م: (**وقيل أكثر من نصف اليوم**) ش: وبه قال أبو بكر الرازي وبعض أصحاب زفر -رحمه الله - لأن المعجل ما كان مقبوضًا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم . وفي «الذخيرة » عن الكرخي : أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في التأجيل فيه فإن كان قدر ما أجل أحد يؤجل مثله في العرف والعادة يجوز السلم م: (**والأول أصح**) ش: أي تقدير أجل بشهر هو الأصح . وقال الصدر الشهيد في طريقته المطولة : والصحيح ما رواه الكرخي : أنه مقدار ما يمكن فيه تحصيل المسلم فيه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه**) ش: وقال المصنف م: (**معناه إذا لم يعرف مقداره**) ش: يعني إذا كان لا يعرف مقدار المكيال والذراع لا يجوز م: (**لأنه يتأخر فيه التسليم**) ش: أي تسليم المسلم فيه م: (**فربما يضيع**) ش: لجواز الهلاك فيعجز عن التسليم م: (**فيؤدي إلى المنازعة**) ش: وفي «شرح الطحاوي» : ولو أعلم قدره بملء هذا الإناء لم يجز إذا كان لا يدري كم يسع فيه ، بخلاف بيع العين .

وقد مر من قبل . ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلاً ، فإن كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه ، كذا روي عن أبي يوسف . قال : ولا في طعام قرية بعينها ؛ أو ثمرة نخلة بعينها ؛ لأنه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم ، وإليه أشار- عليه السلام - ، حيث قال : « أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ »

فإنه إذا قال : بعت منك من هذه المصيرة بملء هذا الإناء بدرهم يجوز ، وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال : لا يجوز بيع العين أيضًا ، ولا يدري كم يسع في الإناء وقيل هذا إذا كان الإناء من حديد أو خشب أو خزف أو ما أشبه ذلك فيما لا يحتمل الزيادة والنقصان .

فأما إذا كان الإناء يحتمل الزيادة والنقصان كالزنبيل والجوالق والقرارة وما أشبه ذلك فإنه لا يجوز بيع المعين أيضًا ، إلا أن أبا يوسف استحسن قرب الماء وأجازه ، وإن كان يحتمل الزيادة والنقصان وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء هذه القربة وعيّنها جاز البيع فيه م: (**وقد مر من قبل**) ش: أي في أول كتاب البيوع في مسألة : ويجوز البيع بإناء معينة .

م: (**ولابد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلاً ، فإن كان مما ينكبس**) ش: من كبس النهر أي طمه م: (**بالكبس كالزنبيل**) ش: بكسر الزاي وسكون النون وكسر الباء الموحدة وسكون الياء آخر الحروف وباللام ، ويقال : الزنبيل بدون النون كذا في بعض النسخ ، وفي «المغرب» و«الصحاح» : والزنبيل والزنبيل بالفتح بدون التشديد وبالكسر مع التشديد ، لأنه ليس في كلام العرب فقيل بالفتح .

م: (**والجراب**) ش: بكسر الجيم م: (**لا يجوز للمنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه ، كذا روي عن أبي يوسف**) ش: وقد مر بيانه الآن .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا في طعام قرية بعينها**) ش: أي ولا يجوز السلم في طعام قرية بعينها لاحتمال الانقطاع عنها م: (**أو ثمرة نخلة بعينها**) ش: ولا يجوز السلم أيضًا في ثمرة نخلة بعينها م: (**لأنه قد يعتريه**) ش: أي تصيبه م: (**آفة فلا يقدر**) ش: حينئذ م: (**على التسليم، وإليه**) ش: أي إلى هذا المعنى م: (**أشار عليه السلام**) ش: أي أشار النبي ﷺ م: (**حيث قال : أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه؟ !**) ش: هذا الموضع يحتاج إلى تحرير شاف ولم أر أحدًا من الشراح حرر هذا الموضع كما ينبغي .

والمصنف استدل بهذا الحديث لما ذكره القدوري وليس بمستقيم ؛ لأن هذا الحديث بهذا اللفظ ورد في البيع كما أخرجه البخاري ومسلم عن حميد عن أنس -رضي الله عنه- أن النبي ﷺ نهى عن بيع ثمر النخل حتى تزهو . فقلت لأنس : وما زهوها ، قال : تحمر وتصفر

ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشمراني ببخارى والبساخي بفرغانة . قال : ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط : جنس معلوم كقولنا : حنطة أو شعير ، ونوع معلوم كقولنا : سقية أو بخسية ،

أرأيتك إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك ؟! ولم يعرف ورود هذا الحديث في السلم .

وقال الأترازي : وقال في «شرح الطحاوي» : ولا يجوز السلم في طعام من موضع بعينه، لأنه ورد فيه الخبر وهو ما روي عن النبي ﷺ أنه سئل عن السلم في ثمر فلان فقال : أما من ثمر حائط فلان فلا ، أرأيت لو أذهب الله ثمره فبم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ فنهى عن ذلك ، انتهى . ولم يبين من الذي رواه من الصحابة ومن الذي استخرجه من أصحاب الصحاح أو السنن ، أفيرضى الخصم بذلك ؟! .

فإن قلت : في الصحيحين عن أنس - رضي الله عنه - أيضًا أن النبي ﷺ قال : « إن لم يثمرها الله فبما يستحل أحدكم مال أخيه فهل يؤخذ بإطلاق هذا اللفظ فيدخل فيه السلم أيضًا .

قلت : الظاهر أنه يصرف إلى البيع ولا يؤخذ منه السلم ، لأن الروايتين أعني الأولى التي رواها حميد وهذه الرواية حديث واحد وردوه في البيع . قوله : أرأيت معناه أخبرني .

م: **(ولو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة)** ش: أي لبيان أن صفة تلك الحنطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حنطة تلك القرية المعينة لا لتعيين المكان ، لأن المراد الجودة م: **(لا بأس به على ما قالوا)** ش: أي على ما قال المشايخ م: **(كالخشمراني)** ش: أي كالحنطة المنسوبة إلى الخشمران بضم الخاء وسكون الشين المعجمتين وضم الميم وبالراء وفي آخره نون ، وهي قرية من قرى بخارى ، ونبه عليه المصنف بقوله م: **(ببخارى)** ش: وبخارى مدينة مشهورة بما وراء النهر م: **(والبساخي)** ش: أي وكالحنطة المنسوبة إلى بساخ بكسر الباء الموحدة وبالسين المهملة وبعد الألف خاء معجمة ، وهي قرية من قرى فرغانة نبه عليه بقوله م: **(بفرغانة)** ش: بفتح الفاء ، وسكون الراء وبالغين المعجمة وبعد الألف نون مفتوحة وهاء ، وهي بلدة وراء الشاش ، وشاش بالمعجمتين مدينة وراء جيحون .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط)** ش: وفي بعض النسخ بسبعة ، والأصح هو ، الأول م: **(جنس معلوم كقولنا حنطة أو شعير)** ش: والثاني م: **(ونوع معلوم كقولنا سقية)** ش: أي سقيته . وفي «المغرب» السقية ما يسقى سحًا م: **(أو بخسيه)** ش: بفتح الباء الموحدة وسكون الخاء المعجمة وكسر السين المهملة وتشديد الياء آخر الحروف وبالهاء ، وهي الحنطة المنسوبة إلى البخس ، وهي الأرض التي تسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء .

وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء ، ومقدار معلوم كقولنا : كذا كيلاً بمكيال معروف ، أو كذا وزنًا ، وأجل معلوم . والأصل فيه ما روينا ، والفقه فيه ما بينا . ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود ، وتسمية المكان الذي يوفيه فيه إذا كان له حمل ومؤنة . وقالا : لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً ، ولا

والثالث : هو ما ذكره بقوله م: **(وصفة معلومة كقولنا جيد أو رديء)** ش: وأشار إلى الرابع بقوله م: **(ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلاً بمكيال معروف ، أو كذا وزناً)** ش: وأشار إلى الخامس بقوله م: **(وأجل معلوم)** ش: وهذه خمسة متفق عليها ، فلذلك ذكرها مقتصراً عليها ولم يذكر السادس والسابع عقيب هذه الخمسة للاختلاف فيهما ، وذكرهما بعد بعض ألفاظ وبين الخلاف فيهما .

م: **(والأصل فيه)** ش: أي في اشتراط الشرائط المذكورة م: **(ما روينا)** ش: وهو قوله - عليه السلام -« من أسلم منكم» . . . الحديث وقد مضى م: **(والفقه فيه ما بينا)** ش: أي الجهالة فيه مفضية إلى النزاع م: **(ومعرفة مقدار رأس المال)** ش: هذا هو الشرط السادس من الشروط السبعة التي شرطها أبو حنيفة وهو عطف على قوله : وأجل معلوم .

وقوله والأصل فيه ما رويناه : الفقه ما بينا ، جمل معترضة بين المعطوف والمعطوف عليه . وقيد بقوله م: **(إذا كان)** ش: أي رأس المال م: **(يتعلق العقد على مقداره)** ش: احترازاً عما لا يتعلق العقد بمقداره كالمذروعات ، فإنه يجب فيه بيان مقداره عند أبي حنيفة وعندهما أيضاً ، وهو قول مالك وأحمد أيضاً ، وبه قال الشافعي في قول ، وبين قوله إذا كان العقد يتعلق بمقداره بقوله م: **(كالمكيل)** ش: من المكيلات م: **(والموزون)** ش: من الموزونات م: **(والمعدود)** ش: من المعدودات، ووجب في كل منهما إعلام مقداره وإن كان مشاراً إليه ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول ، وهو مروي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - وقول الفقيه من الصحابة - رضي الله عنهم- مقدم على القياس .

م: **(وتسمية المكان)** ش: هو الشرط السابع وهو عطف على قوله : ومعرفة مقدار رأس المال م: **(الذي يوفيه)** ش: أي المسلم م: **(فيه)** ش: أي في المكان م: **(إذا كان له حمل)** ش: بالفتح ذكره في المغرب وهو مصدر حمل الشيء يعنون به ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر وأجرة حمال م: **(ومؤنة)** ش: أي كلفة ، وهذان الشرطان من السبعة عند أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه .

م: **(وقالا)** ش: أي أبو يوسف ومحمد - رحمهما الله- م: **(لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معيناً)** ش: أي إذا كان مشاراً إليه لا يحتاج إلى تسمية قدره م: **(ولا)** ش: أي ولا يحتاج أيضاً

إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد ، فهاتان مسألتان . ولهما في الأولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبه الثمن والأجرة ، فصار كالثوب . وله أنه ربما يوجد بعضها زيوفًا ولا يستبدل في المجلس، فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي ، أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال ،

م: (إلى مكان التسليم) ش: أي إلى بيان مكان تسليم المسلم فيه م: (ويسلمه) ش: أي المسلم إليه المسلم فيه م: (في موضع العقد) ش: وبه قال أبو حنيفة أولاً والشافعي - رحمهم الله - في الأصح واختاره المزني . وقال أحمد : لا يجب ذكر بيان مكان الإيفاء ولو ذكره فهل يبطل السلم عنه روايتان م: (فهاتان مسألتان) ش: أي المسألتان اللتان فيهما اختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه .

م: (ولهما) ش: أي ولأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - م: (في الأولى) ش: أي في المسألة الأولى ، وهي إعلام مقدار رأس المال م: (أن المقصود) ش: أي من إعلام مقدار رأس المال القدرة على التسليم وهي م: (يحصل بالإشارة) ش: إلى العين ، فيغني ذلك عن الإعلام بالقدر م: (فأشبه الثمن) ش: يعني في البيع م: (والأجرة) ش: يعني في الإجارة يعني إذا جعل المكيل والموزون ثمن المبيع أو أجرة في الإجارة ، وأشار إليهما جاز ، وإن لم يعرف مقدارهما فكذا ينبغي أن يكتفي بالإشارة في رأس المال بجامع كونه بدلاً م: (وصار كالثوب) ش: أي وصار هذا كما إذا كان رأس المال ثوباً فإن الإشارة فيه تكفي اتفاقاً وإن لم يعرف ذرعانه .

م: (وله) ش: أي ولأبي حنيفة - رحمه الله - م: (أنه ربما يوجد بعضها زيوفاً) ش: ثابت لفظ بعضها ليس له وجه ، لأن المراد إذا وجد بعض رأس المال زيوفاً م: (ولا يستبدل في المجلس) ش: أي في مجلس الرد م: (فلو لم يعلم قدره) ش: وفي بعض النسخ فلو لم يعرف قدره ، أي قدر رأس المال م: (لا يدري في كم بقي) ش: بعد إخراج الزيوف وإذا كان معلوماً بوزن الزيوف ، فيعلم في كم انتقص ، وتحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه ، لأن المسلم إليه يتفق رأس المال شيئاً فشيئاً وربما يجد بعض ذلك زيوفاً ، ولا يستبدل له في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده .

فإذا لم يكن مقدار قدر رأس المال معلوماً لا يعلم في كم انتقص السلم ، وفي كم بقي فجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق ، فكذا ما يستلزمها ، وهكذا إذا استحق بعض رأس المال ينفسخ العقد بقدره م: (أو ربما) ش: إشارة إلى وجه آخر لفساده م: (لا يقدر) ش: أي المسلم إليه م: (على تحصيل المسلم فيه ، فيحتاج إلى رد رأس المال) ش: لانه ليس لرب السلم حينئذ إلا رأس ماله ، وإذا كان مجهول المقدار تعذر ذلك . فإن قيل : ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بني على الرخص .

والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي ، بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوبًا ، لأن الذرع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره . ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما . ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ،

أجاب المصنف - رحمه الله - عن ذلك بقوله م: (**والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه**) ش: أي لشرع السلم م: (**مع المنافي**) ش: إذ القياس يخالفه ، ألا ترى أنه إذا أسلم بمكيال رجل بعينه لم يجز ، لتوهم هلاك ذلك المكيال وجوده إلى الجهالة .

فإن قيل: هذا اعتبار لشبهة الشبهة ، وذلك أن وجود بعض رأس المال زيوفاً فيه شبهة واحتمال ، لأنه يحتمل أن لا يجد زيوفاً وهو الظاهر ، وبعد وجود الرد محتمل وبعد الرد ترك الاستبدال في مجلس الرد محتمل ، والمعتبر الشبهة دون النازلة عنها وهي شبهة الشبهة .

قلنا: هذه شبهة واحدة لأن كلاً منهما مبني على وجوده زيوفاً فكان شبهة واحدة فيعتبر .

م: (**بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً**) ش: هذا جواب عما قاسه عليه من الثوب وتقريره أن الثوب الذي جعل رأس المال الذي قاسا المتنازع فيه عليه لا يصح م: (**لأن الذرع وصف فيه**) ش: أي في الثوب المعين م: (**لا يتعلق العقد على مقداره**) ش: ولهذا لو وجده زائداً على المسمى سلم له الزيادة مجاناً ، ولو وجده ناقصاً لم يحط شيئاً من الثمن وليس كلامنا في ذلك ، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياساً بالفارق ولم تجب على الثمن والأجرة أن الدليل تتضمن ذلك ، فإن البيع والإجارة لا ينفسخان برد الثمن والأجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد .

م: (**ومن فروعه**) ش: أي ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال م: (**إذا أسلم في جنسين**) ش: بأن قال : أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة وكر شعير ، أو في ثوبين مختلفين م: (**ولم يبين رأس مال كل واحد منهما**) ش: فعنده لا يجوز ، وعندهما يجوز م: (**أو أسلم جنسين**) ش: بأن قال: أسلمت إليك هذه الدراهم العشرة ، وهذه الدنانير أو على العكس م: (**ولم يبين مقدار أحدهما**) ش: أي الدنانير أو الدراهم العشرة وهكذا ، فعند أبي حنيفة لا يجوز ، وعندهما يجوز لما أن إعلام رأس المال شرط عنده والمالية تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفة الحرز فلا يكون مقدار رأس كل واحد منهما معلوماً ، وكذلك في المسألة الثانية ، كذا في «المبسوط» .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - م: (**في الثانية**) ش: أي في المسألة الثانية م: (**أن مكان العقد يتعين**) ش: أي للإيفاء ، لأن مكان العقد مكان الإلزام متعين لإيفاء ما التزمه في ذمته لوضع الاستقراض والاستهلاك م: (**لوجود العقد الموجب للتسليم فيه**) ش: أي في

ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه ، فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر ، وصار كالقرض والغصب . ولأبي حنيفة أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين ، بخلاف القرض والغصب ، وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة ؛ لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان ، فلابد من البيان ، فصار كجهالة الصفة ،

مكان العقد ، وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها ، فإن التسليم يجب في موضع العقد م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن مكان العقد م: **(لا يزاحمه مكان آخر فيه)** ش: لعدم ما يوجبه ما هو كذلك م: **(فيصير نظير أول أوقات الإمكان في الأوامر)** ش: لأن الجزء الأول يتعين للسببية لعدم ما يزاحمه ، وهذا على قول الكرخي في الأمر المطلق ، فإنه يتعين وجوب الأداء في أول أوقات المكنة عنده م: **(وصار كالقرض والغصب)** ش: فإنه يتعين مكان القرض والغصب للتسليم بالإجماع . قال الأكمل - رحمه الله - : ونوقض بما إذا باع طعاماً وهو في السواد .

فإنه روي عن محمد : أن المشتري إن كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له ، وإن لم يعلم فله الخيار ، ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار وعورض بأن مكان العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين ، فإن من اشترى كر حنطة وشرط على البائع الحمل إلى منزله يفسد عقده ، سواء اشتراها في المصر أو خارجه بجنسه أو بخلاف جنسه .

والجواب على النقص : أن مكان البيع يتعين للتسليم إذا كان المبيع حاضراً والبيع في السلم حاضر لأنه في ذمة المسلم إليه وهو خاص في مكان العقد، فيكون المبيع حاضراً بحضوره ، وفيه نظر ، لأن فيه قيداً لم يذكر في التعليل ، ومثله بعد انقطاعًا ، وعن المعارضة بأن التعيين بالدلالة، فإذا جاء صريح يخالفها يبطلها ، وإنما فسد في بيع العين ، لأنه قابل الثمن بالمبيع والحمل فيصير صفقة في صفقة .

م: **(ولأبي حنيفة أن التسليم)** ش: أي تسليم السلم فيه م: **(غير واجب في الحال)** ش: لاشتراط الأجل بالاتفاق وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال م: **(فلا يتعين)** ش: مكان العقد فيه للتسليم م: **(بخلاف القرض والغصب)** ش: والاستهلاك ، فإن تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه م: **(وإذا لم يتعين)** ش: أي مكان العقد للإيفاء بقي مكان الإيفاء مجهولاً م: **(فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة ؛ لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان)** ش: ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه الثمن والمسلم إليه يسلمه في اختلاف القيم ذلك م: **(فلا بد من البيان)** ش: دفعاً للمنازعة م: **(فصار كجهالة الصفة)** ش: يعني خلال أن اختلاف الصفة في المسلم فيه تختلف القيمة ، فكذلك باختلاف المكان تختلف أيضاً ، ثم مع جهالة الصفة لا يجوز السلم فكذلك لا يجوز مع جهالة المكان لهذا المعنى فلا بد من البيان .

وعن هذا قال من قال من المشايخ : إن الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة . وقيل على عكسه لأن تعين المكان قضية العقد عندهما . وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة . وصورتها إذا اقتسما داراً وجعلا مع نصيب أحدهما شيئًا له حمل ومؤنة . وقيل : لا يشترط ذلك في الثمن ، والصحيح أنه يشترط إذا كان مؤجلاً ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي . وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للإيفاء . قال : وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع ؛

م: (**وعن هذا**) ش: أي عن هذا الذي قلنا ، وهو اختلاف المكان كجهالة الصفة م: (**قال من قال من المشايخ: إن الاختلاف فيه**) ش: أي في مكان الإيفاء م: (**عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**يوجب التحالف كما في الصفة**) ش: أي كما إذا اختلفا في صفة الجودة والرداءة في أحد بدلي السلم م: (**وقيل على عكسه**) ش: أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم إليه ، وعندهما يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدوري وصاحب «الإيضاح » وصاحب «الكفاية» ، لأن المكان يتعين عندهما وهو معنى قوله م: (**لأن تعين المكان قضية العقد**) ش: أي مقتضاه م: (**عندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد ، فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد ، وعنده لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الأجل ، والاختلاف فيه لا يوجب التحالف .

م: (**وعلى هذا الخلاف**) ش: وهو أنه هل يشترط بيان مكان إيفاء الثمن في بيع العين إذا كان له حمل ومؤنة م: (**الثمن**) ش: صورته جعل المكيل أو الموزون ديناً في الذمة ثمناً في البيع يشترط بيان مكان الإيفاء عندأبي حنيفة ، خلافاً لهما م: (**والأجرة**) ش: صورته منصوص في كتاب الإجارات إذا كان الشيء الذي جعل أجراً ديناً ولحمله مؤنة عند أبي حنيفة لا يصح إلا بتعيين مكان الإيفاء .

وعندهما يجوز من غير تعيين كما يجيء الآن م: (**والقسمة . وصورتها إذا اقتسما داراً وجعلا مع نصيب أحدهما شيئاً له حمل ومؤنة**) ش: يشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة ، وعندهما لا يشترط ويتعين مكان القسمة م: (**وقيل: لا يشترط ذلك**) ش: أي بيان مكان الإيفاء م: (**في الثمن**) ش: عندالكل م: (**والصحيح أنه**) ش: أي أن بيان مكان الإيفاء م: (**يشترط إذا كان مؤجلاً**) ش: عند أبي حنيفة م: (**وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي**) ش: وبه قال الشافعي .

م: (**وعندهما**) ش: أي عند أبي يوسف ومحمد م: (**يتعين مكان الدار**) ش: في إجارة الدار م: (**ومكان تسلم الدابة**) ش: في إجارة الدابة م: (**للايفاء**) ش: أي لأجل ايفاء الأجرة .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في« الجامع الصغير» : م: (**وما لم يكن له حمل ومؤنة**) ش: كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ م: (**لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع**) ش:

لأنه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه . قال رضي الله عنه : وهذا رواية «الجامع الصغير» والبيوع ، وذكر في الإجارات أنه يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح ؛ لأن الأماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ، ولو عينا مكانًا قيل لا يتعين لأنه لا يفيد . وقيل : يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق . ولو عين المصر فيما له حمل ومؤنة فيكتفى به لأنه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا .

أي بإجماع الأئمة الأربعة وأصحابهم م: **(لأنه)** ش: أي لأن ما ليس له حمل ومؤنة م: **(لا يختلف قيمته)** ش: لأن الأماكن كلها سواء والمال لايختلف باختلاف الأماكن فيما لا حمل ولا مؤنة ، وإنما تختلف بعبرة الوجود وكثرة رغبات الناس وقلتها .

وقيل : مالم يكن له حمل ومؤنه هو الذي لو أمر أنساناً بحمله إلى مجلس القضاء مجاناً وقيل : هو ما يمكن رفعه بيد واحدة م: **(ويوفيه)** ش: أي يوفي المسلم إليه المسلم فيه م: **(في المكان الذي أسلم فيه)** ش: لأنهم اتفقوا على أن بيان مكان الإيفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ، ولكن هل يتعين مكان العقد للإيفاء فيه روايتان .

أشار المصنف إليهما بقوله : م: **(قال رضي الله عنه)** ش: أي المصنف -رحمه الله - م: **(وهذا)** ش: أي قوله : ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه م: **(رواية« الجامع الصغير» والبيوع)** ش: أي بيوع الأصل وهو«المبسوط» م: **(وذكر في الإجارات)** ش: أي في كتاب «الإجارات» م: **(أنه يوفيه في أي مكان شاء)** ش: أي المسلم إليهم: **(وهو الأصح)** ش: أي المذكور في الإجارات هو الأصح ، وبه قال الشافعي في الأصح م: **(لأن الأماكن كلها سواء)** ش: وقد ذكرناه الآن م: **(ولا وجوب في الحال)** ش: جواب عن سؤال ، وهو أن يقال : يجوز أن يتعين مكان العقدضرورة وجوب التسليم، فقال : لا يجب التسليم في الحال ليتعين ضرورة اعتباره م: **(ولو عينا مكاناً)** ش: أي فيما لا حمل له ولا مؤنة م: **(قيل لايتعين لأنه)** ش: أي لأن التعيين م: **(لا يفيد)** ش: حيث لا يلزم بثقله مؤنة م: **(وقيل : يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق)** ش: لرب السلم .

م: **(ولو عين المصر)** ش: أي رب السلم م: **(فيما له حمل ومؤنة فيكتفى به)** ش: وفي بعض النسخ يكتفي به ، أي يتعين المصر م: **(لأنه)** ش: أي لأن المصر م: **(مع تباين أطرافه كبقعة واحدة)** ش: أي كمكان واحد ، لأن القيمة لا تختلف باختلاف المصر عادة ، حتى قيل هذا إذا لم يكن المصر عظيماً ، فلو كان بين نواحيه فرسخ ولم يبين ناحيته منه لا يجوز ، لأن هذه جهالة مفضية إلى المنازعة ، كذا في« المحيط» م: **(فيما ذكرنا)** ش: قال الكاكي : أي في اختلاف القيمة.

وقال الأترازي : قوله فيما ذكرنا ، أي المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة في القيمة ، حيث لا يختلف باختلاف الحال ، وهذا لو دفع المال مضاربة ليعمل بالكوفة كان له أن يعمل في

قال : ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه ، أما إذا كان من النقود فلأنه افتراق عن دين بدين ، وقد « نهى النبي ﷺ عن الكالئ بالكالئ وإن كان عينًا » فلأن السلم أخذ عاجل بآجل ، إذ الإسلام والإسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم . ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم إليه فيه فيقدر على التسليم ،

أي مكان شاء منها، وقال الأكمل : ومما ذكرنا من أنه لا يختلف قيمته باختلاف المحلة . وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي الثمن والأجرة والقسمة .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه**) ش: أي في المجلس ، والمراد منه المفارقة بالأبدان ، ألا ترى إلى ما قال في «شرح الطحاوي» : تسليم رأس المال ليس بشرط في مجلس العقد ، وإنما تسليمه جعل إلى المسلم إليه شرطًا قبل الافتراق بالأبدان .

ألا ترى أنهما لو تعاقدا عقد السلم ومكثا بعد ذلك يومًا إلى الليل ولم يغب أحدهما عن صاحبه ، ثم أسلم رأس المال وافترقا صح السلم . واعلم أن تسليم رأس المال قبل المفارقة شرط .

م: (**أما إذا كان من النقود**) ش: مثل الدراهم والدنانير وافترقا قبل قبض رأس مال السلم فإنه لا يصح م: (**فلأنه افتراق عن دين بدين**) ش: وذلك لا يجوز م: (**وقد نهى النبي ﷺ عن الكالئ بالكالئ**)[1] ش: وهذا الحديث قد تقدم أي النسيئة بالنسيئة م: (**وإن كان**) ش: أي رأس المال م: (**عينًا**) ش: كالتبر والمصوغ والثوب والحيوان م: (**فلأن السلم أخذ عاجل بآجل**) ش: لأنه عقد يثبت الملك في الثمن عاجلاً، وفي الثمن آجلاً ، فاشترط تعجيل رأس المال ليستحق به المعنى الذي وضع له الاسم م: (**إذ الإسلام والإسلاف ينبيان عن التعجيل**) ش: لأن السلم أخذ عاجل بآجل ، والسلم فيه آجل ، فيجب أن يكون رأس المال عاجلاً ليكون حكمه على وقف ما يقتضيه اسمه كما في الصرف والحوالة والكفالة .

فإن هذه العقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة ، كذا في «المبسوط»، فإذا كان الاسم كذلك م: (**فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم**) ش: أي اسم السلم أو السلف.

م: (**ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب**) ش: أي ليتصرف م: (**السلم إليه فيه**) ش: أي في رأس المال م: (**فيقدر**) ش: بالنصب عطفًا على ليتقلب م: (**على التسليم**) ش: إذا كان فيه الشرط

---

(١) تقدم تخريجه .

ولهذا قلنا : لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما ؛ لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعًا من الانعقاد في حق الحكم ، وكذا لايثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد ، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض . ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز، خلافًا لزفر وقد مر نظيره ، وجملة الشروط جمعوها

لهما م: (**ولهذا**) ش: إيضاح لاشتراط قبض رأس مال السلم م: (**قلنا : لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما**) ش: أي للمتعاقدين م: (**أو لأحدهما**) ش: أي أو كان خيار الشرط لأحدهما م: (**لأنه**) ش: أي لأن خيار الشرط م: (**يمنع تمام القبض لكونه مانعًا من الانعقاد في حق الحكم**) ش: وهو ثبوت الملك م: (**وكذا لا يثبت فيه**) ش: أي في السلم م: (**خيار الرؤية لأنه غير مفيد**) ش: إذ فائدة الخيار رد المبيع والمسلم فيه دين في الذمة .

فإذا رد المقبوض عاد دينًا كما كان ، لأنه لم يرد عين ما تناوله العقد، لأن العقد لم يتناول هذا المقبوض ، وإنما تناول مثله دينًا في الذمة فلا ينفسخ العقد برده ، بل يعود حقه في مثله ، فإذا لم يفد فائدته لا يثبت بخلاف بيع العين ، فإنه لو رد العين بخيار الرؤية ينفسخ العقد، لأنه رد عين ما تناوله العقد فينفسخ العقد برده ، كذا ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده -رحمه الله .

وقال الأترازي : قوله : وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية فيه إشكال، لأن الضمير في قوله : فيه إما أن يراد به رأس المال ، أو المسلم فيه ، فلا يجوز الأول لأن خيار الرؤية ثابت في رأس المال، وبه صرح في «التحفة» ، ولا يجوز الثاني أيضًا لأنه لا يرتبط به الكلام ، لأن سوق كلامه أن تسليم رأس المال شرط قبل المفارقة ، وأوضح ذلك بعدم صحة السلم بخيار الشرط، ويبقى قوله : وكذا لا يثبت خيار الرؤية فيه أجنبيًا، انتهى . وقال الأكمل : إنه يعود إلى المسلم فيه ، وذكره استطرادًا ويجوز أن يعود إلى رأس المال .

م: (**بخلاف خيار العيب ؛ لأنه لا يمنع تمام القبض**) ش: لأن تمام العقد يتعلق بتمام الصفقة وتمام الصفقة يتعلق بتمام الرضا ، والرضا تام وقت العقد، كذا في« المبسوط»، م: (**ولو أسقط**) ش: أي رب السلم م: (**خيار الشرط قبل الافتراق ورأس المال قائم**) ش: أي والحال أن رأس المال قائم في يد المسلم إليه م: (**جاز**) ش: أي السلم عندنا، وإنما قيد بكون رأس المال قائمًا ؛ لأنه إذا أسقط خياره بعد هلاك رأس المال في يد المسلم إليه وإنفاقه لا يعود السلم جائزًا بالإجماع م: (**خلافًا لزفر**) ش: والشافعي ومالك أيضًا م: (**وقد مر نظيره**) ش: أي مر نظير هذا في باب البيع الفاسد وهو أنه إذا باع لأجل مجهول كالحصاد والدياس ونحوهما ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل الأجل جاز عندنا خلافًا لهم .

م: (**وجملة الشروط**) ش: أي جملة شروط السلم م: (**جمعوها**) ش: أي جمعها المشايخ م:

في قولهم : إعلام رأس المال وتعجيله ، وإعلام المسلم فيه وتأجيله ، وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله . فإن أسلم مائتي درهم في كر حنطة ، مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقدًا ، فالسلم في حصة الدين باطل لفوات القبض ، ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ، ولا يشيع الفساد ؛ لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحًا ، ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح ، إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا ، وهذا لأن الدين لا يتعين في البيع ، ألا ترى أنهما لو تبايعا عينًا بدين ، ثم تصادقا أن لا دين ، لا يبطل البيع ، فينعقد صحيحًا .

(**في قولهم : إعلام رأس المال**) ش: هو مشتمل على بيان جنسه وقدره وصفته م: (**وتعجيله**) ش: المراد به التسليم قبل الافتراق م: (**وإعلام المسلم فيه**) ش: أي وفي إعلام المسلم فيه ، وهو مشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدر م: (**وتأجيله**) ش: يعني أجل معلوم م: (**وبيان مكان الإيفاء**) ش: أي وفي بيان مكان إيفاء المسلم فيه م: (**والقدرة على تحصيله**) ش: أي وفي القدرة على تحصيل المسلم فيه ، وهو أن لا ينقطع ، وهذه الشروط مر بيانها جميعها عند قوله : ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط .

م: (**فإن أسلم**) ش: وفي نسخة تاج الشريعة ، ومن أسلم م: (**مائتي درهم في كر حنطة**) ش: قال الأترازي : الكر ستون قفيزًا ، والقفيز ثمانية مكاكيك ، والمكوك صاع ونصف ، وفي «الجامع الصغير» جاء الكر اسم لأربعين قفيزًا كذا في «المغرب» ، م: (**مائة منها دين على المسلم إليه، ومائة نقدًا ، فالسلم في حصة الدين باطل**) ش: وبه قال الشافعي - رضي الله عنه- م: (**لفوات القبض**) ش: في قدر الدين ، إذ العقد لا يتعلق بالدين المضاف إليه ، وإنما ينعقد بمثله ، وهو غير مقبوض م: (**ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه**) ش: أي شرائط السلم م: (**ولا يشيع الفساد**) ش: جواب عن قول زفر ، فإنه يقول : يشيع الفساد ويبطل العقد في حصة النقد أيضًا ، لأن هذا فساد قوي تمكن في صلب العقد فيفسد به الكل .

وقال المصنف : ما يشيع الفساد م: (**لأن الفساد طارئ**) ش: لأنه ما اقترن بأصل العقد ، لأن كونه دينًا عفو في المجلس ، ألا ترى أنهما لو أخرا التسلم والتسليم إلى آخر المجلس يكون العقد صحيحًا م: (**إذ السلم وقع صحيحًا ، ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح**) ش: السلم م: (**إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا**) ش: إشارة إلى قوله : وقد نهى النبي ﷺ عن الكالئ م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى قوله : إذ المسلم وقع صحيحًا م: (**لأن الدين لا يتعين في البيع**) ش: لأن النقود لا تتعين في المعقود إذا كانت عينًا ، فكذا إذا كانت دينًا ، فصار الإطلاق والتقييد سواء .

م: (**ألا ترى أنهما لو تبايعا عينًا بدين ، ثم تصادقا أن لا دين ، لا يبطل البيع ، فينعقد صحيحًا**) ش: ويستدل بهذه المسألة على أن الدين لا يتعين بإضافة العقد إليه ، فيكون الإطلاق والتقييد فيه سواء . وفي «النهاية» : وإنما قيد بقوله : مائة منها على المسلم إليه ، لأنه لو كان دينًا على

قال : ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض ، أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ، وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز .

الأجنبي والمسألة بحالها يشيع الفساد في الكل ، لأنها ليست بمال في حقهما ، ومذهبنا مروي عن ابن عباس .

فإن قيل : هذا منقوض بثلاث مسائل :

إحداها : أن الرجل إذا قال : إن بعت هذا العبد بهذا الكر من الحنطة وبهذه الدراهم فهما في المساكين صدقة فباعه بهما يحنث بالكر والدراهم ، وهذا آية تعيين النقود .

وثانيها : أن الرجل إذا باع دينارًا بعشرة فنقد الدينار ولم يقبض العشرة ، حتى اشترى بالعشرة ثوبًا فالبيع فاسد .

ثالثها : أن الرجل إذا باع عينًا بدين وهما يعلمان أن لا دين فالبيع فاسد ، ولو كان الإطلاق والتقييد سواء لجاز العقدان ولما حنث في المسألة الأولى .

قلنا : أما الأولى : فنحن ندعي أن النقود لا تتعين في العقود استحقاقًا لا جوازًا فلا يلزم لأنها تتعين جوازًا لا استحقاقًا . وأما الثانية : فلانتقاض الصرف باختلاف الجنس بالاستعمال بالعقد الآخر ، فيتحقق البيع بلا ثمن .

وأما الثالثة : فإنما لم يجز البيع لمكان الهازل به ، لأن هذا بيع بلا ثمن ، فيكون منهما تهازلاً به وهي تتعين في حق الجواز .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض)** ش: هذا باتفاق الفقهاء م: **(أما الأول)** ش: أي التصرف في رأس مال السلم قبل القبض م: **(فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد)** ش: لأن قبض رأس المال في المجلس حق الله تعالى ، والتصرف يبطله ، وإنما شرط القبض احترازًا عن الكالئ بالكالئ، فلو جاز التصرف فيه بالبيع والهبة والوصية ونحوها فات الشرط .

م: **(وأما الثاني)** ش: وهو التصرف في المسلم فيه قبل القبض م: **(فلأن المسلم فيه مبيع ، والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز)** ش: أما لو دفع إليه أردأ أو أجود برضا المسلم إليه جاز ، لأنه جنس حقه فلم يكن استبدالاً ، ولو أبرأه عنه فقيل : يبطل العقد لعدم القبض ، ولو رد البراءة لم تبطل والتخلية فيه قبض عند محمد خلافًا لأبي يوسف ، وإنما قيد بقوله : قبل القبض احترازًا عما بعد القبض ، ولهذا قال في «شرح الطحاوي» : ولا بأس أن يبيع رب السلم سلمه بعد قبضه إياه مرابحة على رأس المال ، وأن يبيعه تولية ، وأن يبيعه مواضعة ، وأن يشرك فيه

ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه ؛ لأنه تصرف فيه ، فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئًا ، حتى يقبضه كله ؛ لقوله عليه السلام :« لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك » أي عند الفسخ ،

غيره .

م: (**ولا يجوز الشركة والتولية في المسلم فيه**) ش: قبل قبضه م: (**لأنه**) ش: أي لأن كل واحد من الشركة والتولية م: (**تصرف فيه**) ش: أي في المسلم فيه والتصرف فيه قبل القبض لا يجوز، وهذا أيضًا من لفظ القدوري، وإنما خصهما بالذكر بعدما عمهما بقوله : ولا يجوز التصرف . . . إلى آخره ، لأنهما أكثر وقوعًا من المرابحة والمواضعة ، وقيل : احترازًا عن قول البعض إنه يجوز عنده التولية في بيع العين والسلم ، وحكي ذلك عن مالك .

م: (**فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئًا ، حتى يقبضه كله**) ش: هذه من مسائل «الجامع الصغير» ، وصورة المسألة فيه : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة - رحمه الله - في رجل أسلم إلى رجل عشرة دراهم في كر حنطة فتقايلا السلم ، فأراد رب السلم أن يشتري برأس مال السلم شيئًا قبل أن يقبضه ، قال: ليس له ذلك ولا يجوز شراؤه .

قوله : لم يكن له أن يشتري، وفي «الإيضاح» : هذا الاستحسان ، والقياس لا يجوز ، وهو قول زفر والشافعي لأنهما لما تقايلا بطل السلم، وبقي رأس المال دينًا في حصته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ، لأنه لا يجب قبضه في المجلس ، ودليلنا قول المصنف -رحمه الله- م: (**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك**) ش: لم أر أحدًا من الشراح بين حال هذا الحديث ، غير أن الأترازي قال : واحتج أصحابنا بما روي عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : «**من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره**»[1] ورواه الترمذي في علله الكبير ، وقال: لا أعرفه مرفوعًا إلا من هذا الوجه ، وهو حديث حسن .

---

(١) ضعيف : رواه أبو داود « باب السلف لا يحول » (٣٤٦٨) وابن ماجة في البيوع - « باب من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره »(٢٢٨٣) من طريق شجاع بن الوليد ثنا زياد بن خيثمة عن سعد الطائي عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري . وقال الترمذي : حديث حسن .

قلت : شجاع بن الوليد فيه كلام ، وسعد لا بأس به كما قال الحافظ ، وعطية العوفي ضعيف جداً ويدلس ، وأخرجه الدارقطني في البيوع (٣/ ٣٠٨) باللفظ الذي ذكره المصنف من طريق إبراهيم بن سعد عن أبي بدر ثنا زياد بن خيثمة عن سعد الطائي عن عطية عن أبي سعيد ، وإسناده ضعيف . وأخرجه ابن ماجة من طريق عبد الله بن سعيد ولم يذكر سعداً .

ولأنه أخذ شبهًا بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه ، وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعًا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعًا ؛ لأنه دين مثله ، إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس ، لأنه ليس في حكم الابتداء من

ورواه ابن ماجة في سننه عن عطية عن النبي ﷺ مرسلاً ولم يذكر فيه أبا سعيد، ورواه الدارقطني في سننه بلفظ : فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله ، وهذا قريب من لفظ المصنف .

وروى عبد الرزاق في «مصنفه» أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال : إذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلمت فيه م: (**أي عند الفسخ**) ش: هذا تفسير من المصنف ، والمعنى لا تأخذ إلا سلمك ، أي المسلم فيه حال قيام العقد أو رأس مالك عند الانفساخ إذ لا يمكنه أخذه حال قيام العقد، فقد جعل حق رب السلم أخذ المسلم فيه وبعده أخذ رأس المال.

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن رأس المال م: (**أخذ شبهًا بالمبيع ، فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه**) ش: أي في رأس المال قبل قبضه م: (**وهذا**) ش: أي كونه مشابهًا للمبيع م: (**لأن الإقالة بيع جديد**) ش: أي بيع ابتداء م: (**في حق ثالث**) ش: أي غير المتعاقدين م: (**ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعًا لسقوطه**) ش: أي بالإقالة ، هذا جواب سؤال، وهو أن يقال : لم لا يجوز أن يجعل بيعًا جديدًا في جانب المسلم فيه حتى لا يكون لرأس المال جهة كونه مبيعًا .

فقال : لا يمكن جعله مبيعًا لسقوطه لأنه دين يثبت بالسلم ويسقط بالإقالة .

ولهذا إن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض بعد وقوعها لسقوط المسلم فيه عن الذمة ، فلو صح بنقضها لعاد المسلم فيه واجبًا ، والساقط لا يعود م: (**فجعل رأس المال مبيعًا لأنه دين مثله**) ش: أي مثل المسلم فيه ، وجعل الدين مبيعًا ليس بمحال فجعل رأس المال مبيعًا ضرورة إذ لو لم يجعل مبيعًا تبطل الإقالة ، ألا ترى أنهما لو تقايلا في باب البيع وهلك المبيع بعد الإقالة قبل القبض تبطل الإقالة، وها هنا لما تقايلا سقط والمسلم فيه، وصار كالهالك ، فلو لم يجعل رأس المال مبيعًا لبطلت الإقالة ، وقد صحت ها هنا، فلابد من قيام المعقود عليه .

وليس ذلك إلا رأس المال لسقوط المسلم فيه، إلا أنه لا يجب ، جواب سؤال وهو أن يقال: لو كان هذا بمنزلة بيع جديد وجب أن يقبض رأس المال في المجلس، لأن إقالة بيع السلم بمنزلة بيع السلم وفيه القبض شرط وبالإجماع لا يجب قبضه في المجلس.

فأجاب بقوله : م: (**إلا أنه**) ش: أي أن رأس المال م: (**لا يجب قبضه في المجلس لأنه**) ش: أي لأن الإقالة على تأويل تصرف الإقالة م: (**ليس في حكم الابتداء**) ش: أي ابتداء عقد المسلم م: (من

كل وجه وفيه خلاف زفر - رحمه الله - ، والحجة عليه ما ذكرناه . قال : ومن أسلم في كر حنطة ، فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرًا ، وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء ، وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز ؛ لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل ، فلابد من الكيل مرتين لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان ، وهذا هو محمل الحديث على ما مر ،

كل وجه) ش: لأن المسلم عقد من كل وجه .

والإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث ، فكان عقدًا من وجه م: **(وفيه)** ش: أي وفي جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعًا م: **(خلاف زفر -رحمه الله-)** ش: والشافعي أيضًا، فإنهما يقولان : لو تقايلا السلم واشترى رب السلم برأس المال شيئًا قبل القبض يجوز ذلك ، وهو القياس لأنهما لما تقايلا ارتفع العقد وعاد الملك في الدراهم على قديم الملك، فجاز الاستبدال عنه، ولهذا لم يجب قبضه في المجلس فصار كدين القرض والغصب .

م: **(والحجة عليه)** ش: أي على زفر م: **(ما ذكرناه)** ش: أي من الحديث والمعقول .

أما الحديث فهو قوله عليه السلام : « **لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك** » .

وأما المعقول فهو ما ذكره من قوله : ولأنه أخذ شبهًا بالمبيع . . . إلى آخره، وقد مر بيانه .

م: **(قال)** ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: **(ومن أسلم في كر حنطة فلما حل الأجل)** ش: أي أجل السلم م: **(اشترى المسلم إليه من رجل كرًا)** ش: وهو ستون قفيزًا م: **(وأمر رب السلم بقبضه)** ش: أي بقبض الكر الذي اشتراه من رجل م: **(قضاء)** ش: أي لأجل القضاء لحقه م: **(لم يكن قضاء)** ش: أي لم يكن إذا لحقه ، وفي الثاني : إذا أمره بقبضه فاقتضاه رب السلم لم يكن قبضًا عن المسلم فيه حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم هلك من مال المسلم إليه م: **(وإن أمره أن يقبضه له)** ش: أي وإن أمر المسلم إليه رب السلم أن يقبضه ، أي يقبض السلم فيه لأجل المسلم إليه م: **(ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له)** ش: أي لأجل المسلم إليه م: **(ثم اكتاله لنفسه جاز ؛ لأنه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل)** ش: أحدهما صفقة عقد السلم ، والثانية هي الصفقة التي جرت بين المسلم إليه مع رب السلم م: **(فلابد من الكيل مرتين لنهي النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان)**[1] ش: تقدم هذا الحديث في المرابحة والتولية م: **(وهذا هو محمل الحديث)** ش: يعني معنى قوله عليه السلام : حتى يجري فيه صاعان هو محمل الحديث، يعني اجتماع الصفقتين المذكورتين م: **(على ما مر)** ش: في الفصل الذي بعد باب المرابحة والتولية ، وهو قوله : ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما نبين . والأصل في هذا أن العقد إذا وقع مكايلة أو موازنة لم

---

(١) تقدم تخريجه .

والسلم وإن كان سابقًا لكن قبض المسلم فيه لاحق ، وأنه بمنزلة ابتداء البيع ؛ لأن العين غير الدين حقيقة ، وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء ، وإن لم يكن سلمًا وكان قرضًا فأمره بقبض الكر جاز ؛ لأن القرض إعارة ، ولهذا ينعقد بلفظ الإعارة ، فكان المردود عين المأخوذ مطلقًا

يجز للمشتري أن يتصرف حتى يعيد الكيل أو الوزن ثانيًا للحديث المذكور ، وهو ما رواه ابن ماجة في سننه عن جابر -رضي الله عنه - قال : نهى النبي ﷺ عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشتري والسلم بيع بشرط الكيل فيشترط الكيل ثانيًا، لأنه إذا كاله ثانيًا ربما يزيد على قدر الكر فلا تسلم له الزيادة ، فلو جاز التصرف قبل الكيل ثانيًا يلزم التصرف في مال الغير وهو حرام .

م: (**والسلم وإن كان سابقًا**) ش: هذا جواب عما يقال : بيع المسلم إليه مع رب المسلم كان سابقًا على شراء المسلم إليه من بائعه ، فلا يكون المسلم إليه بائعًا بعد المشتري فلم تتحقق الصفقة الثانية ليدخل تحت النهي .

وتقرير الجواب : القول بموجب العلة سلمنا ذلك، ولكن السلم وإن كان سابقًا على شراء المسلم إليه من بائعه م: (**لكن قبض المسلم فيه لاحق**) ش: في التقدير فتجتمع الصفقتان في التقدير م: (**وأنه**) ش: أي وأن قبض المسلم فيه م: (**بمنزلة ابتداء البيع**) ش: تحقيق هذا ما قاله المقبوض في مسائل السلم غير المسلم فيه حقيقة ، فباعتبار هذه الحقيقة لم يكن المقبوض عين ما تناوله العقد فلابد من طريق يجعل بذلك الطريق كأنه عين المعقود عليه ، وذلك بأن يجعل عند القبض كأنهما جددا ذلك العقد على المقبوض ، وإنما قال : بمنزلة ابتداء البيع ، لأن المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين ، وهو معنى قوله م: (**لأن العين غير الدين حقيقة**) ش: وهو ظاهر ، وقوله م: (**وإن جعل**) ش: كلمة إن واصلة بما قبله ، أي وإن جعل الدين م: (**عينه**) ش: أي وإن جعل المقبوض عين الدين م: (**في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال**) ش: لأنه لو لم يجعل في حق الاستبدال عين حقه يلزم استبدال المبيع قبل قبضه ، وذا لا يجوز .

وإذا جعل الدين عين المقبوض الذي هو الدين ضرورة حرمة الاستبدال فلا يتعدى ، فبقي ما وراءه كالبيع م: (**فيتحقق البيع بعد الشراء**) ش: أي بيع السلم إليه من رب المسلم بعد شراء المسلم إليه من بائعه بشرط الكيل ، فقد اجتمعت الصفقتان فلابد من تكرار الكيل .

م: (**وإن لم يكن**) ش: أي الكر م: (**سلمًا وكان قرضًا فأمره**) ش: أي فأمر المستقرض القرض م: (**بقبض الكر جاز، لأن القرض إعارة ، ولهذا**) ش: أي ولأجل كون القرض إعارة م: (**ينعقد**) ش: أي القرض م: (**بلفظ الإعارة**) ش: بأن يقول : أعرتك هذا المبلغ من الدراهم أو الدنانير ، فإذا كان إعارة م: (**فكان المردود عين المأخوذ**) ش: أي عين المقبوض م: (**مطلقًا**) ش: أي سواء كان في

حكمًا ، فلا تجتمع الصفقتان . قال : ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم ، ففعل وهو غائب ، لم يكن قضاء ؛ لأن الأمر بالكيل لم يصح ؛ لأنه لم يصادف ملك الأمر ؛ لأن حقه في الدين دون العين ، فصار المسلم إليه مستعيرًا للغرائر منه ، وقد جعل ملك نفسه فيها ، فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه كيسًا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضًا ؛ ولو كانت الحنطة مشتراة والمسألة بحالها صار قابضًا ، لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه ؛ لأنه ملك العين بالبيع .

حق الاستبدال أو غيره م: **(حكمًا)** ش: أي تقديرًا ، ولا يلزم تمليك الشيء بجنسه نسيئة ، وهو ربا ، فإذا كان كذلك م: **(فلا تجتمع الصفقتان)** ش: فيكتفى بكيل واحد .

وفي «الشامل» في كل موضع وجد عقدان لا يكتفى بكيل واحد، وإن كان بحضرة الآخر وفي كل موضع وجد عقد واحد يكتفى فيه بكيل واحد، وكذلك إذا اشترى موازنة لا يتصرف ما لم يستزنه، فإن اشترى مجازفة أو أخذ قرضًا جاز أن يترك الكيل والوزن . ولو اشترى المعدود عدًا هل يشترط العد ثانيًا، فيه روايتان .

م: **(قال)** ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: **(ومن أسلم في كر فأمر رب السلم أن يكيله المسلم إليه في غرائر رب السلم)** ش: الغرائر جمع غرارة بكسر الغين المعجمة، قال الجوهري: الغرارة واحدة الغرائر التي للتبين وما أظنه عربيًا م: **(ففعل وهو)** ش: أي رب السلم م: **(غائب لم يكن قضاء)** ش: أي قبضًا يريد به إذا كان الطعام عينًا، وإنما قيد بقوله : وهو غائب لأنه إذا كان حاضرًا صار المسلم إليه قابضًا سواء كان الغرائر له أو للبائع أو كانت مستأجرة، وبه صرح الفقيه أبو الليث -رحمه الله- وإنما لم يكن قضاء م: **(لأن الأمر بالكيل لم يصح، لأنه لم يصادف ملك الأمر)** ش: لأنه تناول عينًا مملوكة للبائع م: **(لأن حقه)** ش: أي حق رب السلم م: **(في الدين دون العين)** ش: لأن جعل العين وهو وصف ثابت في الذمة في غرائر رب السلم محال .

وحقه في العين إنما يتحقق بالقبض ولم يوجد م: **(فصار المسلم إليه مستعيرًا للغرائر منه)** ش: أي من رب السلم م: **(وقد جعل ملك نفسه فيها)** ش: أي وقد جعل المسلم إليه ملك نفسه في الغرائر فلم يصر رب السلم قابضًا حتى إذا هلك الكر هلك من مال المسلم إليه وبقي الدين في ذمته كما كان .

م: **(فصار)** ش: أي رب السلم م: **(كما لو كان عليه دراهم دين فدفع إليه)** ش: أي فدفع الدائن إلى المديون م: **(كيسًا ليزنها المديون فيه)** ش: أي في الكيس م: **(لم يصر قابضًا)** ش: بوزنه فيه م: **(ولو كانت الحنطة مشتراة)** ش: بأن اشترى حنطة بعينها م: **(والمسألة بحالها)** ش: وهي أنه دفع غرائره إلى البائع وقال : اجعلها فيها ففعل والمشتري حاضر أو غائب م: **(صار قابضًا ؛ لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه ؛ لأنه ملك العين بالبيع)** ش: يعني بنفس العقد فصح الأمر لمصادفة الملك .

ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليه ، وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر ، وكذا إذا أمر أن يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم إليه ، وفي الشراء من مال المشتري ، ويتقرر الثمن عليه لما قلنا ، ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح ؛ لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ، ولو أمره في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضًا ؛ لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده ، فكذا ما يقع فيها ،

وإذا صح صار البائع وكيلاً عنه في إمساك الغرائر فبقيت الغرائر في يد المشتري حكمًا ، فصار الواقع فيها واقعًا في يد المشتري حكمًا لأن فعل نائبه كفعله ، حتى لو كانت الغرائر للبائع لا يصير قابضًا في رواية عن محمد. وقال الشافعي - رضي الله عنه - : لا يصير قابضًا سواء كانت الغرائر للمشتري أو للبائع كما في السلم .

م: **(ألا ترى)** ش: توضيح لتملكه بالبيع م: **(أنه)** ش: أي أن المشتري م: **(لو أمره)** ش: أي لو أمر البائع م: **(بالطحن)** ش: أي بطحن الحنطة المشتراة م: **(كان الطحين في السلم للمسلم إليه)** ش: لأن الأمر بالطحن في السلم لم يصح ، لأنه تلاقى ملك المسلم إليه فلا يصح م: **(وفي الشراء)** ش: أي وكان الطحين في الشراء م: **(للمشتري لصحة الأمر)** ش: لأنه لاقى ملك المشتري .

م: **(وكذا)** ش: الحكم م: **(إذا أمره)** ش: أي المشتري م: **(أن يصبّه في البحر)** ش: ففعل م: **(في السلم يهلك من مال المسلم إليه، وفي الشراء من مال المشتري)** ش: لصحة الأمر م: **(ويتقرر الثمن عليه)** ش: وليس ذلك إلا باعتبار صحة الأمر وعدمها وصحة موقوفه على الملك ، فلولا أنه ملكه لما صح أمره م: **(لما قلنا)** ش: إشارة إلى قوله صح الأمر .

م: **(ولهذا)** ش: أي ولكون الأمر قد صح م: **(يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح)** احترز به عما قيل في الشراء لا يكتفى بكيل واحد، بل يشترط كيلان وعلل الصحيح بقوله : م: **(لأنه)** ش: أي لأن البائع م: **(نائب عنه)** ش: أي عن المشتري م: **(في الكيل)** ش: فيكتفى بكيل واحد م: **(والقبض)** ش: مرفوع بفعل مقدر ، أي وحصل القبض م: **(بالوقوع في غرائر المشتري)** ش: وهذا جواب عما يقال : البائع مسلم فكيف يكون متسلمًا ؟ وتقرير الجواب أن القبض يتحقق بالوقوع في غرائر المشتري فلا يكون مسلمًا ومتسلمًا .

م: **(ولو أمره)** ش: أي ولو أمر المشتري البائع م: **(في الشراء أن يكيله في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضًا لأنه)** ش: أي لأن المشتري م: **(استعار غرائره)** ش: أي غرائر البائع م: **(ولم يقبضها)** ش: أي والحال أن المشتري لم يقبض الغرائر م: **(فلا تصير الغرائر في يده)** ش: لأن الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض م: **(فكذا ما يقع فيها)** ش: أي فكذا لا يصير المشتري قابضًا ما في الغرائر ، وفي

وصار كما لو أمره أن يكيله ويعزله في ناحية من بيت البائع ؛ لأن البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضًا . ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري إن بدأ بالعين صار قابضًا ، أما العين فلصحة الأمر فيه ، وأما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضًا ، كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه ، وكمن دفع إلى صائغ خاتمًا وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار ، وإن بدأ بالدين لم يصر قابضًا . أما الدين فلعدم صحة الأمر . وأما العين فلأنه خلطه بملكه

بعض النسخ : فيه قال الكاكي : أي في الغرائر على تأويل الظرف أو المذكور وذلك لعدم صحة العارية لعدم القبض، وكذا لا يصير الواقع فيها قبضًا .

م: (**وصار**) ش: أي حكم هذا م: (**كما لو أمره**) ش: أي كحكم ما لو أمر المشتري البائع م: (**أن يكيله**) ش: أن يكيل الكر م: (**ويعزله في ناحية من بيت البائع**) ش: أي أمره بأن يعزل الكر في جانب من بيت البائع فعزله لا يكون المشتري قابضًا، فكذا هذا م: (**لأن البيت بنواحيه**) ش: أي بجوانبه الأربعة م: (**في يده**) ش: أي في يد البائع ، فإذا كان كذلك م: (**فلم يصر المشتري قابضًا ، ولو اجتمع الدين والعين**) ش: صورته اشترى كرًا معينًا وله على البائع كر آخر دين وهو المسلم فيه م: (**والغرائر للمشتري**) ش: أي والحال أن الغرائر للمشتري وأمره أن يجعل الدين والعين فيها م: (**إن بدأ**) ش: أي إن بدأ البائع وهو المسلم إليه م: (**بالعين**) ش: أي بالمشترى بفتح الراء م: (**صار**) ش: أي المشتري بكسر الراء م: (**قابضًا**) ش: أي صار قابضًا للكيل والعين والدين .

م: (**أما العين**) ش: أي أما صحة قبض العين م: (**فلصحة الأمر فيه**) ش: أي في العين م: (**وأما الدين**) ش: أي وأما صحة قبض الدين م: (**فلاتصاله بملكه**) ش: أي فلاتصال الدين بملكه ، أي بملك المشتري، لأن العين في يده حكمًا م: (**وبمثله يصير قابضًا**) ش: أي وبمثل اتصال الدين بالكيل بالرضا يثبت القبض ، فيصير المشتري قابضًا م: (**كمن استقرض حنطة**) ش: أي نظير الحكم المذكور نظير من استقرض كرًا من حنطة م: (**وأمره أن يزرعها في أرضه**) ش: أي وأمر المقرض المستقرض أن يزرع الحنطة في أرض المستقرض صح القرض، وصار المستقرض قابضًا له باتصاله بملكه فكذا هذا .

م: (**وكمن دفع**) ش: أي ونظير الحكم المذكور أيضًا نظير من دفع م: (**إلى صائغ خاتمًا وأمره أن يزيده**) ش: أي يزيد الخاتم م: (**من عنده**) ش: أي من عند الصائغ م: (**نصف دينار**) ش: جاز لأنه يصير قرضًا ويصير بالاتصال إلى ملكه قابضًا م: (**وإن بدأ بالدين**) ش: ثم بدأ بالعين م: (**لم يصر قابضًا، أما الدين فلعدم صحة الأمر**) ش: لعدم مصادفة الملك ، لأن حقه في الدين لا في العين . وهذا عين فكان المأمور يجعله في الغرائر متصرفًا في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الآمر .

م: (**وأما العين**) ش: أي وأما عدم صحة القبض في العين م: (**فلأنه خلطه بملكه**) ش: أي فلأن

قبل التسليم، فصار مستهلكًا، عند أبي حنيفة فينتقض البيع، وهذا الخلط غير مرضي به من جهته لجواز أن يكون مراده البداية بالعين. وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع، وإن شاء شاركه في المخلوط؛ لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما. قال: ومن أسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم إليه، ثم تقايلا، فماتت في يد المشتري، فعليه قيمتها يوم قبضها. ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز؛ لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد

البائع خلط كر المشتري بملكه، أي بملك نفسه م: **(قبل التسليم)** ش: بحيث لا يمتاز م: **(فصار)** ش: أي البائع م: **(مستهلكًا)** ش: أي المبيع م: **(عند أبي حنيفة فينتقض البيع)** ش: أي ينفسخ العقد م: **(وهذا الخلط)** ش: هذا جواب عما يقال: إن الخلط حصل بإذن المشتري فلا ينتقض البيع، وتقرير الجواب: أن هذا الخلط على هذا الوجه م: **(غير مرضي به من جهته)** ش: أي من جهة المشتري أراد أن الخلط على هذا الوجه ما حصل بإذن المشتري بل الخلط على وجه يصير الآمر به قابضًا هو الذي كان مأذونًا به، وها هنا لم يصر الخلط مأذونًا مرضيًا به، وإنما أذن له بأن يخلط على وجه يصير قابضًا بالبداية بالعين.

وقال الأكمل: وفي عبارة المصنف تسامح؛ لأنه حكم بكون الخلط غير مرضي به جزمًا، واستدل بقوله م: **(لجواز أن يكون مراده البداية بالعين)** ش: فيكون الدليل أعم من المدعى، ولا دلالة للأعم على الأخص. ويجوز أن يقال: كلامه في قوة الممانعة، فكأنه قال: ولا نسلم أن هذا الخلط مرضي به، وقوله: لجواز سند المنع فاستقام الكلام.

م: **(وعندهما)** ش: أي وعند أبي يوسف ومحمد م: **(هو)** ش: أي المشتري م: **(بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في المخلوط؛ لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما)** ش: وقال الإمام قاضي خان: ما ذكر من جواب الكتاب قول محمد، أما عند أبي يوسف إذا بدأ بالدين يصير قابضًا كما لو بدأ بالعين ضرورة اتصاله بملكه في الصورتين، إذ الخلط ليس باستهلاك وعند محمد يصير قابضًا للعين دون الدين، قلت: عند الشافعي لا يصير قابضًا سواء بدأ بالعين أو بالدين.

م: **(قال)** ش: أي قال محمد في «الجامع الصغير»: م: **(ومن أسلم جارية في كر حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا)** ش: أي المسلم م: **(فماتت)** ش: أي الجارية م: **(في يد المشتري)** ش: أي المسلم إليه، وإنما سماه مشتريًا بالنظر إلى شرائه الجارية بالحنطة، لأن كلاً في العينين الثمن والمثمن م: **(فعليه)** ش: أي فعلى المشتري م: **(قيمتها)** ش: أي قيمة الجارية م: **(يوم قبضها)** ش: يعني لما ثبتت الإقالة وجب ردها، وقد عجز فيجب رد بدلها، وبه قال الشافعي وإنما قال: يوم قبضها، لأن السبب الموجب للضمان إنما هو القبض فصار كالغصب.

م: **(ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز)** ش: أي التقايل م: **(لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد)**

وذلك بقيام المعقود عليه . وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه . وإذا جاز ابتداء أولى أن يبقى انتهاء ؛ لأن البقاء أسهل ، وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعًا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها . ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة ، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة ؛ لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية ، فلا يبقى العقد بعد هلاكها ، فلا تصح الإقالة ابتداء فلا تبقى انتهاء لانعدام محله ، وهذا

ش: وفي بعض النسخ : يعتمد قيام العقد م: **(وذلك)** ش: أي بقاء العقد م: **(بقيام المعقود عليه، وفي السلم المعقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه)** ش: أي حال بقاء المعقود عليه م: **(وإذا جاز)** ش: أي التقايل بعد موتها م: **(ابتداء أولى أن يبقى)** ش: بعد موتها م: **(انتهاء، لأن البقاء أسهل)** ش: من الابتداء .

فإن قيل : ينبغي أن لا تصح الإقالة بعد هلاك الجارية لأنها بعد الهلاك بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها دينًا في الذمة والمسلم فيه قد سقط أيضًا بالإقالة ، فصار بمنزلة العوضين في بيع المقايضة ، فإنه إذا هلك أحد العوضين في المقايضة ثم تقايلا ثم هلك العوض الآخر تبطل الإقالة ، فكذا هنا ينبغي أن يمتنع التقايل بهلاك العوضين .

قلنا : في بيع المقايضة ثم الرد واجب بعد الإقالة ، وهلاك المبيع قبل القبض يوجب فسخ العقد . وفي المسلم قامت قيمة الجارية مقامها ، فلم يكن رد عين الجارية واجبًا، فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية .

م: **(وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعًا)** ش: يعني تبعًا لانفساخ العقد في المسلم فيه وإن لم يصح الفسخ في الجارية بعد هلاكها، هكذا قدره شيخي العلاء . وقال تاج الشريعة : هذا جواب من يقول : إن الانفساخ في حق الجارية الميتة كيف يتحقق، وإنه ليس بمحل لذلك .

فقال : الانفساخ بطريق التبعية وكم من شيء يثبت تبعًا ولا يثبت قصدًا م: **(فيجب عليه ردها)** ش: أي رد الجارية على المسلم إليه م: **(وقد عجز)** ش: أي والحال أن المسلم إليه قد عجز عن رد الجارية بسبب موتها م: **(فيجب عليه رد قيمتها)** ش: وقامت القيمة مقام الجارية .

م: **(ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة ، ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة)** ش: أيضًا م: **(لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية ، فلا يبقى العقد بعد هلاكها، فلا تصح الإقالة ابتداء ، فلا تبقى انتهاء لانعدام محله)** ش: أي محل البيع ، لأن الإقالة فسخ العقد ولا قيام لها إلا بقيام العقد ولا قيام العقد إلا بقيام المبيع لأنه هو الأصل وقد فات م: **(وهذا)**

بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين ، لأن كل واحد منهما مبيع فيه . قال : ومن أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم إليه :شرطت رديئًا ، وقال رب السلم : لم تشترط شيئًا فالقول قول المسلم إليه ؛ لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة ؛ لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة .

ش: أي هذا الذي ذكرناه . م: (**بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى**) ش: أي الإقالة م: (**بعد هلاك أحد العوضين ، لأن كل واحد منهما مبيع فيه**) ش: أي في بيع المقايضة .

والحاصل أنه أشار بهذا الكلام إلى الفرق بين السلم حيث تصح الإقالة فيه بعد هلاك الجارية في يد المسلم إليه قبل الرد إلى رب السلم ، سواء ماتت قبل الإقالة أو بعدها وبين البيع حيث لا تصح الإقالة إذا هلكت الجارية سواء كانت الإقالة قبل هلاكها أو بعد هلاكها ، وقد أوضحنا هذا في السؤال والجواب اللذين ذكرناهما الآن .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في «الجامع الصغير» م: (**ومن أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم إليه : شرطت رديئًا**) ش: أي طعامًا رديئًا م: (**وقال رب السلم : لم تشترط شيئًا فالقول قول المسلم إليه**) ش: بالاتفاق، وبه قال الشافعي -رضي الله عنه .

وفي «الكافي» : كلام المتعنت مردود فبقي قول صاحبه بلا معارض م: (**لأن رب السلم متعنت في إنكاره الصحة**) ش: التعنت في اللغة من يطلب العنت ، وهو الوقوع فيما لا يستطيع الإنسان الخروج عنه ، والمراد بالتعنت شرعًا من ينكر ما ينفعه ويريد الإضرار بغيره ، وبالمخاصم من ينكر ما يضره ، كذا في الفوائد الظهيرية م: (**لأن المسلم فيه يربو**) ش: أي يزيد م: (**على رأس المال في العادة**) ش: هذا دليل على قوله : إن رب السلم متعنت لرب المسلم فيه على رأس المال عادة ، فكان الخير له في صحة العقد ، فإذا أنكر صحته فقد كان متعنتًا .

فإن قيل : لا نسلم أن المسلم فيه يربو ، بل رأس المال خير وإن قل من المسلم فيه، وإن جل، لما أن رأس المال نقد ، والمسلم فيه نسيئة ، وفي المثل السائر : النقد خير من النسيئة .

قلنا : بلى كذلك ، إلا أن ذلك متروك بالعرف والعادة ، فإن الناس مع وفور عقولهم يقدمون في عقد السلم وما ذاك إلا لفائدة زائدة رأوها ، فكان النقد بمقابلة زيادة فائدة مع كونه نسيئة ، وإنما ذكروا ربا المسلم فيه لإثبات المعادلة بينه وبين رأس المال ، لأن المسلم فيه وإن كان أكثر مالية عادة إلا أنه آجل، ورأس المال وإن قلت ماليته عاجل والعاجل خير من الآجل ، فيخير قصور كل واحد منهما بوفور كل واحد منهما فيتعادلان .

وذكر الإمام السرخسي : أن القول قول المسلم إليه لأنه هو الذي يلتزم الطعام بعقد السلم فالقول قوله في بيان صفة ما التزم ، ثم اتفاقهما على أصل العقد اتفاق على ما هو شرط جواز

وفي عكســه قالوا : يجب أن يكون القــول لرب السلم عند أبي حنيـفة لأنه يدعي الصـحة ، وإن كان صاحبـه منكرًا . وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكرالصـحة ، وسنقرره من بعد إن شاء الـله تعالى . ولو قـال المسلم إليه : لم يـكن له أجل ، وقال رب السلم : بل كـان له أجل فالقول قـول رب السلم ؛ لأن المسلم إليه متـعنت في إنكاره حقًا له وهو الأجل ، والفـساد لعدم الأجل غير متيقن

العقـد، ومن شرط جوازه بيان صفة الطعـام ، فقـول رب السلم : لم يسلم صفة الطعـام يكون رجوعًا عما أقر به وسعيًا منه في نقض ما تم من جهته .

م: **(وفي عكسه)** ش: أي وفي عكس الحكم المذكور ، والحكم المذكور هو قول المسلم إليه : شرطت لك رديئًا، وقال رب السلم لم تشترط شيئًا، وعكسه أن يقول رب السلم : شرطت لي رديئًا ، ويقول المسلم إليه : لم أشترط لك شيئًا.

وقـال الفقيـه أبو الليث : لم يذكر محمد - رحـمه الله - هذا الأصل في الكتـاب ، يعني في «الجـامع الصـغيـر» . وقـال المصنف - رحـمـه الله- م: **(قـالوا)** ش: أي قـال المتأخرون في شروح «الجامع الصـغير» مثل فخر الإسلام وغيره : م: **(يجب أن يكون القـول لرب السلم عند أبي حنيـفة)** ش: وبه قال الشافعي م: **(لأنه يدعي الصحة وإن كـان صاحبه منكرًا)** ش: لأن الظاهر شـاهد له، لأن العقد الفاسد معصية ، والظاهر من حال المسلم التحادي عن المعصية .

م: **(وعندهما)** ش: أي وعند أبي يوسف ومـحـمـد م: **(القـول للمسلم إليـه ، لأنه منكر وإن أنكر الصحة)** ش: كلمة إن واصلة بما قبلهـا ، وكذلك إن التي قبلها م: **(وسنقرره)** ش: أي وسنقرر أصل هذا الخلاف م: **(من بعد إن شـاء الله تعالى)** ش: قـال الأترازي -رحـمـه الله- : أي في المسألة التي تلي هذه عند قوله : القول لرب السلم عندهما .

وفي عـبارته تسـامح لأنهـا تسـتعـمل للبعـد ، أي لأن السين كذلـك، والمطابق نقـرره يعني بدون السين م: **(ولو قـال المسلم إليـه: لـم يكن له أجل)** ش: أي لم يكـن لـلسلم أجل م: **(وقال رب السلم: بل كان له أجل ، فالقول قول رب السلم)** ش: أي بالاتفاق، وبه قال الشافعي م: **(لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره حقًا له)** ش: أي لرب السلم م: **(وهو)** ش: أي الحق هو م: **(الأجل)** ش: حاصله أن الكلام إذا خرج مخرج التعنت لا مخرج الخصومة بطل وكان القول لمدعي الصحة ، لأن كلام المتعنت مردود ، فإذا رد بقي كلام الآخر بلا معارض ، فكان القول قوله .

م: **(والفساد لعدم الأجل غير متيقن)** ش: هذا جواب عن سؤال مقدر ، وهو أن يقال : ينبغي أن لا يكون المسلم إليه متعنتًا في إنكاره الأجل، لأنه يرد رأس المال لفساد العقد بعدم الأجل ، وبرد رأس المال يبقى له المسلم فيه والمسلم فيه خير من رأس المال وارتفع منه .

لمكان الاجتهاد ، فلا يعتبر النفع في رد رأس المال ، بخلاف عدم الوصف ، وفي عكسه القول لرب السلم عندهما ؛ لأنه ينكر حقًا عليه فيكون القول قوله ، وإن أنكر الصحة

وتقرير الجواب : أن فساد العقد لعدم الأجل غير متيقن م: (**لمكان الاجتهاد**) ش: فإن السلم الحال جائز عند الشافعي -رضي الله عنه- وإذا لم يكن متعنتًا بعدمه لم يلزم من إنكاره رد رأس المال م: (**فلا يعتبر النفع في رد رأس المال**) ش: يعني ولا يعتبر جهة كونه منتفعًا بهذا الإنكار معارضًا لجهة التعنت والتضرر به ، إذ الظني لا يعارض القطعي .

م: (**بخلاف عدم الوصف**) ش: قال صاحب النهاية : أي لو قال المسلم إليه : شرطت رديئًا ، وقال رب السلم : لم تشترط شيئًا ، وهي المسألة الأولى ، كان القول قول المسلم إليه ، لأن فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن غير مجتهد فيه ، فقال رب السلم هناك متعنتًا ، وقال غيره : فإن الفساد فيه قطعي .

وقال الأكمل : وفيه نظر ، لأن بناء المسألة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير صحيح ، فالأولى أن يقال : إن الاختلاف كان ثابتًا بين الصحابة إن ثبت ذلك وليس مطابقًا لما ذكره صاحب «النهاية» وغيره .

م: (**وفي عكسه**) ش: يعني فيما إذا ادعى المسلم إليه الأجل وأنكره رب السلم م: (**القول لرب السلم عندهما ؛لأنه ينكر حقًا عليه فيكون القول قوله ، وإن أنكر الصحة**) ش: كلمة إن واصلة بما قبله. واعلم أن الاختلاف في الأصل على ثلاثة أوجه :

أحدها : في أصل الأجل ، ففيه القول قول المدعي للأجل مع يمينه ، طالبًا كان أو مطلوبًا ، وعندهما : القول قول الطالب سواء كان مدعيًا للأجل أو منكرًا .

والثاني : في مقدار الأجل مثل أن يدعي أحدهما أنه شهر ، وقال الآخر : إنه شهران ففيه القول قول الطالب مع يمينه ، لأنه ينكر الزيادة ، وإن قامت بينته لأحدهما يقضي ببينته ، وإن قامت لهما يقضي ببينة المطلوب ، لأنه يثبت الزيادة .

والثالث : في مضي الأجل ، فإن قال الطالب : كان الأجل شهرًا ، وقد مضى ، وقال المطلوب : كان شهرًا ولم يمض فالقول قول المطلوب مع يمينه لأنه ينكر توجه المطالبة ، فإن أقام أحدهما البينة يقضى ببينة المطلوب ، لأنها تثبت زيادة الأجل ، ثم ينبغي لك أن تعرف أن الاختلاف في قدر الأجل لا يوجب التحالف عندنا خلافًا لزفر -رحمه الله - لأن التحالف في البيع ثبت بخلاف القياس ، عنداختلاف المتبايعين في المعقود عليه أو بدله ، والأجل بمعزل من ذلك .

بخلاف ما إذا اختلفا في الوصف فإنهما يتحالفان ، لأن الوصف جارٍ مجرى الأصل ،

كرب المال إذا قال للمضارب : شرطت لك نصف الربح إلا عشرة ، وقال المضارب : لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال ؛ لأنه ينكر استحقاق الربح ، وإن أنكر الصحة . وعند أبي حنيفة - رحمه الله - القول للمسلم إليه ؛ لأنه يدعي الصحة ، وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرًا ، بخلاف مسألة المضاربة ؛ لأنه ليس بلازم

لأن الدين يعرف به ويختلف أصله باختلافه ما إذا اختلفا ، وليس كذلك الأجل .

م: (**كرب المال إذا قال للمضارب**) ش: نظير المسألة المذكورة بمسألة رب المال إذا قال للمضارب: م: (**شرطت لك نصف الربح إلا عشرة**) ش: قال الكاكي : وفي بعض النسخ شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة ، وهذه النسخة ليست بصحيحة ، لأنه على ذلك التقدير القول للمضارب بالإجماع ، والصحيح النسخة الأولى ، لأنه على ذلك التقدير كان القول لرب المال م: (**وقال المضارب**) ش: أي وقال المضارب ليس الأمر كما ذكرت م: (**لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال ؛ لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة**) ش: أي صحة العقد.

م: (**وعند أبي حنيفة -رحمه الله- القول للمسلم إليه لأنه يدعي الصحة ، وقد اتفقا على عقد واحد**) ش: لأن السلم عقد واحد إذ السلم الحال فاسد، وليس بعقد آخر م: (**فكانا متفقين على الصحة ظاهرًا**) ش: أي بحسب الظاهر لوجهين :

أحدهما : أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بوصف الصحة .

والثاني : أن الإقدام على العقد التزام لشرائطه ، والأجل من شرائط السلم فكان اتفاقهما على العقد إقرار بالصحة ، فالمنكر بعده ساع في نقض ما تم به ، وإنكاره إنكار بعد الإقرار وهو مردود وبقول أبي حنيفة - رحمه الله- قال الشافعي .

م: (**بخلاف مسألة المضاربة**) ش: جواب عن قياسهما المسألة المذكورة على مسألة المضاربة فإنه قياس غير صحيح ، وقال الأكمل : فإنهما إذا اختلفا فيها ، أي في المضاربة تنوع محل الاختلاف ، فإنها إذا فسدت صار إجارة ، وإذا صحت كانت شركة ، فإذا اختلفا فالمدعي للصحة مدع لعقد، والمدعي للفساد مدع لعقد آخر خلافه، ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد يستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المحل ، وعدم وحدته يستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المحل .

وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف ، فكان المحل مختلفًا فلا تناقض في ذلك ، فلم يكن الاختلاف معتبرًا ، فكان المضارب يدعي استحقاق شيء في مال رب المال وهو ينكر ، فالقول قول المنكر .

م: (**لأنه**) ش: أي لأن عقد المضاربة م: (**ليس بلازم**) ش: ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل

فلا يعتبر الاختلاف فيه ، فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح . أما السلم فلازم ، فصار الأصل أن من خرج كلامه تعنتًا فالقول لصاحبه بالاتفاق ، وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده ، وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة . قال : ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضًا ورقعة ؛ لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم ، على ما ذكرنا . وإن كان ثوب حرير لابد من بيان وزنه أيضًا ؛ لأنه مقصود فيه .

شراء المضارب برأس المال شيئًا ، وكذا المضارب يتمكن من فسخه . وإذا كان غير لازم يرتفع باختلافهما م: (**فلا يعتبر الاختلاف فيه**) ش: ولا الدعوى تعتبر فيه م: (**فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح**) ش: والآخر ينكر فالقول للمنكر م: (**أما السلم**) ش: فإنه عقد م: (**فلازم**) ش: فلا ينفسخ بفسخ أحدهما ، فبالاختلاف لا يرتفع ، فإذا بقي العقد كان القول قول مدعي الصحة لشهادة الظاهر ثم لما جعل القول قول المسلم إليه في الأجل كان القول قوله أيضًا في مقدار الأجل م: (**فصار الأصل**) ش: أي الأصل في مسألة السلم المذكورة م: (**أن من خرج كلامه تعنتًا**) ش: أي من حيث التعنت لا مخرج الخصومة ، وقد مر تفسيره عن قريب م: (**فالقول لصاحبه**) ش: وهو مدعي الصحة م: (**بالاتفاق**) ش: لأن كلام المتعنت مردود .

م: (**وإن خرج**) ش: أي كلامه م: (**خصومة**) ش: أي من حيث الخصومة بأن ينكر ما يضره م: (**ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**وعندهما للمنكر**) ش: أي القول قول المنكر م: (**وإن أنكر الصحة**) ش: كلمة إن واصلة بما قبلها ، وقد مر الكلام فيه مستوفى .

م: (**قال**) ش: أي القدوري في «مختصره» : م: (**ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضًا**) ش: أي من حيث الطول ومن حيث العرض م: (**ورقعة**) ش: أي من حيث الغلظة والثخانة ، كذا في « المغرب » . وقيل : المراد عدد الكرباس ، يعني أنه كثير الرقاع أو قليل الرقاع ، وقيل : تعريفه بكونه خماسيًا أو سداسيًا ، وقال تاج الشريعة : ورقعة يقال رقعة هذا الثوب جيدة ، يراد به غلظته وثخانته وهو مجاز م: (**لأنه**) ش: أي ولأن السلم م: (**أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا**) ش: أي عند قوله في أول الباب وفي المذروعات م: (**وإن كان**) ش: أي المسلم م: (**ثوب حرير لابد من بيان وزنه أيضًا ؛ لأنه**) ش: أي لأن الوزن م: (**مقصود فيه**) ش: أي في السلم في الثوب الحرير ، وإذا كان كذلك فلابد من بيانه ، أي بيان الوزن .

وعند الشافعي ومالك وأحمد -رحمهم الله -: بيان الوزن ليس بشرط ، وفي الإيضاح : وتحتاج إلى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج إذا كان التفاوت بعد ذكر الطول والعرض، لأنها تختلف باختلاف الوزن ، فإن الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته ، والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلابد من بيانه ، انتهى .

ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز ، لأن آحادها تتفاوت تفاوتًا فاحشًا ، وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنًا يجوز السلم ، لأنه مما يعلم بالوزن . ولا بأس بالسلم في الآجر واللبن إذا سمي ملبنًا معلومًا ،

وقال الشيخ أبو نصر البغدادي : قالوا : إذا كانت الثياب مما يقصد وزنها فلابد من ذكر الوزن أيضًا كثياب الحرير . وقال الولوالجي في فتاواه : ولو بين الذرعان ولم يبين الوزن هل يجوز السلم في الحرير ، واختلف المشايخ فيه : منهم من قال : ليس بشرط ، ومنهم من قال : شرط ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي وهو الصحيح ، بخلاف سائر الثياب ، فإنه لا يشترط فيها الوزن مع الذرع ، لأن الحرير يختلف باختلاف الوزن كما يختلف باختلاف الطول والعرض ، ولا كذلك الكرباس .

وفي «المنتقى» : إذا باع ثوب حرير يدًا بيد لا يجوز إلا وزنًا ، وفي «المحيط» : لو شرط كذا وكذا ذراعًا فله ذراع وسط . واختلف في تفسير الوسط ، قيل : أراد به الفعل ، يعني لا يمد كل المد ولا يرخى كل الإرخاء ، وقيل : أراد به الخشب لأنه لا يتفاوت في الأسواق ، قال شيخ الإسلام : والصحيح أنه يحمل عليهما نظرًا للجانبين .

وقال الكاكي : وكذا يجوز السلم في البواري والجوالق والمسوح والأكسية والبسوط استحسانًا إذا بين طوله وعرضه وصفته وصنعته . قال الولوالجي : السلم في الكاغد يجوز عددًا ، لأنه عددي كالجوز والبيض ، وكذا الاستقراض عددي .

م: **(ولا يجوز السلم في الجواهر)** ش: نحو الياقوت والبلخش واللؤلؤ ونحو ذلك م: **(ولا في الخرز)** ش: أي ولا يجوز السلم أيضًا في الخرز بفتح الخاء والراء ثم الزاي . وقال الجوهري : الخرز بالتحريك الذي ينظم ، والواحدة خرزة ، وخرزات الملك جواهر تاجه ، وعند مالك - رضي الله عنه - يجوز م: **(لأن آحادها)** ش: أي آحاد الجواهر الخرز م: **(تتفاوت تفاوتًا فاحشًا)** ش: لأن كل معدود تتفاوت آحاده في المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيخ والرمان ، والذي لا تتفاوت آحاده في المالية جاز السلم فيه كالجوز والبيض إذا كان من جنس واحد ، وفيه خلاف زفر -رحمه الله - وقد مر بيانه في أول الباب م: **(وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنًا يجوز السلم ؛ لأنه مما يعلم بالوزن)** ش: لأنه يدق ويجعل في الدواء ولا خلاف فيه للفقهاء .

م: **(ولا بأس بالسلم في الآجر)** ش: بفتح الهمزة وضم الجيم وتشديد الراء وهو الطوب المشوي م: **(واللبن)** ش: بفتح اللام وكسر الباء الموحدة وبالنون ، وهو الطوب النيئ م: **(إذا سمي ملبنًا معلومًا)** ش: الملبن يحتمل أن يكون اسم ما يصنع فيه اللبن ، ويحتمل أن يكون المراد به الآلة .

لأنه عددي متقارب لاسيما إذا سمي الملبن . قال : وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه ، لأنه لا يفضي إلى المنازعة ،

وفي «المحيط» : يشترط بيان مكانه والآلة ، وقيل : لا يشترط بيان مكانه ، وبقولنا قال الشافعي - رحمه الله - م: (**لأنه**) ش: أي لأن كل واحد من الآجر واللبن م: (**عددي متقارب لا سيما إذا سمي الملبن**) ش: بكسر الميم وهو الآلة .

وقال الولوالجي في فتاواه : ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا اشترط فيه ملبنًا معروفًا ، لأنه متى بين ملبنًا معرفًا فما يقع من التفاوت بين لبن ولبن يكون يسيرًا ، فيكون ساقط الاعتبار ، فيلحق بالعدديات المتقاربة ، فيجوز فيه السلم . بخلاف ما لو باع مائة آجرة من آتون لم يجز .

لأن التفاوت فيه في النضج تفاوت فاحش ، فألحقناه بالمتقاربة في حق السلم وفي المتفاوتة في حق البيع عملاً بهما .

وفي شرح «الجامع الصغير» لقاضي خان : أما السلم في الباذنجان عددًا لم يذكره محمد - رحمه الله- وذكر شمس الأئمة السرخسي أنه يجوز وألحقه بالجوز والبيض .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه**) ش: هذا أصل كلي يتخرج منه المسائل، وقال الأكمل-رحمه الله- : **فيه بحث من وجهين** :

أحدهما : أنه عكسها فقال : وما لا يضبط صفته ولا معرفة مقداره لا يجوز السلم فيه ولا ينعكس قولنا : كل إنسان حيوان إلى كل ما ليس بإنسان ليس بحيوان .

والثاني : أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع والأصل ذكر القاعدة أولاً ثم تفريع الفروع عليها .

والجواب عن الأول : أن جواز السلم يستلزم أوصاف ضبط الصفة ومعرفة المقدار بقوله ﷺ : «**من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم** » الحديث ، وحينئذ كان مثل قولنا : كل إنسان ناطق وهو ينعكس إلى قولنا : كل ما ليس بإنسان ليس بناطق .

وعن الثاني : أن تقديم القاعدة على الشروع يليق بوضع أصول الفقه ، فالمقصود معرفة المسائل الجزئية ، فيقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل الجامع للفروع المتقدمة .

م: (**لأنه لا يفضي إلى المنازعة**) ش: كما في الأجناس الأربعة من المكيلات والموزونات والمذروعات والعدديات المتقاربة . وقال الكاكي : لا خلاف للفقهاء في جواز السلم في كل ما هو من ذوات الأمثال كالقطن والكتان والإبريسم والنحاس والتبر والحديد والرصاص والصفر

وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه؛ لأنه دين ، وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة ، ولا بأس بالسلم في طست ، أو قمقمة ، أو خفين ، أو نحو ذلك إذا كان يعرف ؛ لاجتماع شرائط السلم ، وإن كان لا يعرف فلا خير فيه ؛ لأنه دين مجهول. قال : وإن استصنع شيئًا من ذلك بغير أجل جاز استحسانًا للإجماع الثابت بالتعامل .

والحناء والوسمة والرياحين اليابسة .

وفي الجذوع البائن الطول والعرض والغلظ ، وكذا الساج وصنوف العيدان والخشب والقصب والغزل ، ويجوز السلم في التين كيلاً وكيله الغرائر ، وقيل : إنه موزون ، وقيل: المعتبر هو المتعارف، كذا في «المجتبى» .

م: (**وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه ، لأنه دين**) ش: أي لأن السلم دين، والدين يعرف بوصفه م: (**وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة**) ش: فلا يجوز لأن جهالة المعقود عليه تفسد العقد م: (**ولا بأس بالسلم في طست**) ش: وفي «المغرب»: الطست إناء وهي أعجمية والطست تعريبها ، والجمع طساس وطسوس، وقد يقال الطشوش ، ذكره في الشين المعجمة .

وقال الجوهري : الطشت الطش بلغة طيء أبدل من إحدى الشينين تاء للاستثقال ، فإذا جمعت أو صغرت ردت الشين ، لأنك فصلت بينهما بألف أو ياء قلت طشاش وطشيش م: (**أو قمقمة**) ش: قال الجوهري : القمقمة بالضم معروفة ، وقال الأصمعي : هو رومي والجمع قماقم م: (**أو خفين أو نحو ذلك**) ش: مثل الكوز والأنية من النحاس والصفر والقلنسوة .

وبه قال الشافعي إن كان يتساوى جوانبه ويمكن العسارة عن ثخانته وطوله وعرضه وما يختلف به العرض، فأما أن يكون أجزاؤه يختلف كالقماقم والطواجن والأواني المتخذة من الصفر والزجاج والمكيزان والحباب فلا يجوز لتفاوت أجزائها فمنها ما يكون أعلاه أوسع وأسفله أضيق وبالعكس وقد يكون وسطه كذلك كذا في تتمتهم .

والشرطان عندنا في جواز ذلك م: (**إذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم ، وإن كان لا يعرف فلا خير فيه**) ش: أي لا يجوز م: (**لأنه دين مجهول**) ش: والجهالة في الدين تمنع .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في« الجامع الصغير» : م: (**وإن استصنع شيئًا من ذلك**) ش: أي من ما ذكر من الطست والقمقمة والخف م: (**بغير أجل**) ش: أي بغير ذكر مدة فيه م: (**جاز استحسانًا للإجماع الثابت بالتعامل**) ش: في هذه الأشياء ، قال أبو أنيس في جامعه : صورة الاستصناع أن يجيء رجل إلى خفاف ، ويقول له : اخرز لي خفًا صفته كذا وقدره كذا بكذا ويسلم الدراهم أو بعضها أو لا يسلم .

وفي القياس لا يجوز ؛ لأنه بيع المعدوم ، والصحيح أنه يجوز بيعًا لا عدة ، والمعدوم قد يعتبر موجودًا حكمًا ، والمعقود عليه العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغًا ، عنه لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد

م: (**وفي القياس : لا يجوز ؛ لأنه بيع المعدوم**) ش: وبه قال زفر والشافعي ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان ، ورخص في السلم وهذا ليس بمسلم، لأنه لم يضرب له أجلاً ، أشار إليه بقوله : بغير أجل ، ووجه الاستحسان هو ما ذكره بقوله: للإجماع الثابت بالتعامل، فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع فيما فيه تعامل من غير نكير ، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام .

ولا يشكل بالمذارعة ، فإن فيها للناس تعامل وهي فاسدة عند أبي حنيفة -رضي الله عنه- لأن الخلاف فيها كان ثابتًا في الصدر الأول دون الاستصناع .

م: (**والصحيح أنه**) ش: أشار به إلى أنهم اختلفوا في جواز الاستصناع هل بيع أو عدة؟ فقال: والصحيح أن الاستصناع م: (**يجوز بيعًا**) ش: أي من حيث البيع م: (**لا عدة**) ش: أي لا من حيث الوعد . وقال فخر الإسلام في شرح« الجامع الصغير» : هو بيع عند عامة مشايخنا، لا مواعدة ، لأنه سماه في الكتاب بيعًا وأثبت فيه خيار الرؤية وهو يثبت في البيع لا في الوعد م: (**والمعدوم قد يعتبر موجودًا حكمًا**) ش: هذا جواب عما يقال : كيف يجوز أن يكون بيعًا والمعدوم لا يصلح أن يكون مبيعًا، وتقرير الجواب أن المعدوم قد يعتبر حكمًا، أي من حيث الحكم كالناسي للتسمية عند الذبح، فإن التسمية جعلت موجودة لعذر النسيان . والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعذر جواز الصلاة لئلا تتضاعف الواجبات فكذلك المستصنع المعدوم جعل موجودًا حكمًا لتعامل الناس ، وقد يكون الشيء موجودًا حقيقة ويجعل معدومًا حكمًا كالماء المستحق للعطش، حتى يجوز التيمم مع وجوده .

م: (**والمعقود عليه العين**) ش: هذا جواب عما يقال : إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو المستصنع، والمعقود عليه هو الصنع . فأجاب: بأن المعقود عليه هو العين لأن المقصود هو المستصنع م: (**دون العمل**) ش: وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي ، فإنه يقول: المعقود عليه العمل، لأن الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل ، فتسميته للمعقود به دليل على أنه هو المعقود عليه ، والأديم والصرم فيه بمنزلة الآلة للعمل ، ولكن الأصح أن المعقود عليه هو المعين ، لأن المقصود هو المستصنع فيه وذكر الصفة لبيان الوصف، والدليل عليه أن محمدًا أثبت خيار الرؤية فيه ، وهو إنما يكون في بيع العين، وكذا يدل عليه قول المصنف بقوله م: (**حتى لو جاء به مفروغًا عنه**) ش: أي لو جاء الصانع الذي يعمل بالمستصنع حال كونه مفروغًا م: (**لا من صنعته أو من صنعته**) ش: أي أو جاء به حال كونه من صنعته م: (**قبل العقد**) ش: أي قبل عقد الاستصناع

فأخذه جاز ، ولا يتعين إلا بالاختيار ، حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ، وهذا كله هو الصحيح . قال : وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه ؛ لأنه اشترى شيئًا لم يره ، ولا خيار للصانع ، كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح ؛ لأنه باع ما لم يره . وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضًا ؛ لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا لضرر وهو قطع الصرم وغيره . وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه لا خيار لهما . أما الصانع فلما ذكرنا ، وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرار بالصانع ؛ لأنه لا يشتريه غيره بمثله .

م: **(فأخذه)** ش: أي فأخذه المستصنع م: **(جاز)** ش: فلا يجبر على قبوله، ولو كان بعد العقد يجبر الآمر على القبول. كذا في «المبسوط».

م: **(ولا يتعين إلا بالاختيار)** ش: أي ولا يتعين المستصنع الذي اتخذه الأجل المستصنع إلا باختيار المستصنع ، وأوضح ذلك بقوله م: **(حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز)** ش: لأنه لو تعين لما جاز بيعه قبل اختياره م: **(وهذا كله)** ش: أي كونه بيعًا لا عدة وكون المعقود عليه العين دون العمل ، وكونه لا يتعين إلا باختياره م: **(هو الصحيح)** ش: لما أن في كل واحد منهما قولاً آخر كما يجيء بعد هذا .

م: **(قال : وهو)** ش: أي المستصنع م: **(بالخيار)** ش: أي إذا رآه م: **(إن شاء أخذه وإن شاء تركه ، لأنه اشترى شيئًا لم يره)** ش: فله الخيار إذا رآه م: **(ولا خيار للصانع)** ش: بل يجبر على العمل لأنه باع ما لم يره م: **(كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح لأنه باع ما لم يره)** ش: أشار به إلى نفي ما ذكره في «الذخيرة» من أن للصانع الخيار أشار إليه بقوله : م: **(وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضًا)** ش: أي أن للصانع الخيار أيضًا كما للآمر .

ذكر هذا في «الذخيرة» من رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ، وكذا في رواية أبي اليسر وقاضي خان م: **(لأنه لا يمكنه)** ش: أي لأن الصانع لا يمكنه م: **(تسليم المعقود عليه إلا لضرر وهو قطع الصرم)** ش: بفتح الصاد المهملة وسكون الراء وبالميم وهو الجلد. وفي «المغرب» هو تعريب جرم م: **(وغيره)** ش: أي وغير الصرم مثل إتلاف الخيط في خرزه .

م: **(وعن أبي يوسف -رحمه الله - أنه لا خيار لهما)** ش: أي للصانع والآمر م: **(أما الصانع فلما ذكرنا)** ش: أنه لا خيار له لما أن الاستصناع بيع ولا خيار للبائع فيما لم يره م: **(وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرار بالصانع لأنه لا يشتريه غيره بمثله)** ش: أي بمثل ما اشتراه المستصنع وقد لا يشتريه غيره أصلاً، كما لو استصنع واعظ منبرًا يعظ الناس عليه فلم يأخذه فالعامي لا يشتريه أصلاً .

فإن قيل : الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرًا .

ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المجوز، وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم ، وإنما قال : بغير أجل ؛ لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلمًا عند أبي حنيفة - رحمه الله - خلافًا لهما . ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلمًا بالاتفاق .

أجيب : يجوز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول، فلما علم اختياره عدم رضاه .

فإن قيل : ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذراً في دار الإسلام .

أجيب : بأن خيار المستنصع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام على أقوال جميع المجتهدين وإنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التي لابد لإقامة الدين منها لا في حيازة اجتهاد المجتهدين .

قال الأكمل : وفيه نظر ، لأن غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة ثم بلغت فإن لها خيار البلوغ ، فإن سكتت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها ، لأن الجهل ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها .

م: **(ولا يجوز)** ش: أي الاستصناع م: **(فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب)** ش: وفي «الكافي» : كالجباب والثياب، وصورته أن يدفع إلى حائك ديناراً ليحيك له ثوبًا من غزل نفسه، إبقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالإجماع م: **(لعدم المجوز)** ش: بكسر الواو من التجويز والمجوز هو التعامل م: **(وفيما فيه تعامل)** ش: مثل الذي ذكرناه م: **(إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليمكن التسليم)** ش: أي تسليم المستصنع م: **(وإنما قال)** ش: أي محمد في أول المسألة م: **(بغير أجل)** ش: في قوله : وإن استصنع في شيء من ذلك بغير أجل م: **(لأنه لو ضرب الأجل فيما فيه تعامل يصير سلمًا عند أبي حنيفة -رحمه الله-)** ش: فلا يجوز إلا بشرائط السلم من تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية ، وبه قال الشافعي -رحمه الله - ومالك وأحمد - رحمهما الله - لأنهم لا يجوزون الاستصناع م: **(خلافًا لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد فإنه عندهما استصناع .

م: **(ولو ضربه)** ش: أي الأجل م: **(فيما لا تعامل فيه يصير سلمًا بالاتفاق)** ش: المراد بضرب الأجل ما يذكر على سبيل الاستمهال، أما المذكور على سبيل الاستعجال على أنه قال : على أن تفرغ غدًا أو بعد غد لا يصير سلمًا، لأنه ذكره حينئذ للفراغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ، ويحكى عن الهندواني : أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو الاستعجال، ولا يصير به سلمًا ، وإن كان من الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال، وقيل : إن ذكروا في مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع ،وإن كان أكثر من ذلك فهو سلم ، لأن ذلك يختلف

لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ، ويحمل الأجل على التعجيل ، بخلاف ما لا تعامل فيه ؛ لأن ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح . ولأبي حنيفة أنه دين يحتمل السلم ، وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه ، وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة ، فكان الحمل على السلم أولى ، والله أعلم .

باختلاف المدة فلا يمكن تقديره بشيء معلوم .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد في المسألة الخلافية م: (**أن اللفظ**) ش: أي لفظ الاستصناع م: (**حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته**) ش: الاستصناع أو اللفظ م: (**ويحمل الأجل على التعجيل**) ش: لأن ذكر الأجل محتمل ، فإنه يحتمل أن يكون للتعجيل ويحتمل أن يكون للاستمهال والاستصناع محكم في تناوله ما وضع له غير محتمل لشيء آخر ، فيحمل المحتمل على المحكم ، فيقال : إن ذكر الأجل للتعجيل م: (**بخلاف ما لا تعامل فيه ؛ لأن ذلك استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح**) ش: بدلالة الأجل تصحيحًا لتصرف العاقل ما أمكن .

م: (**ولأبي حنيفة أنه**) ش: أي أن المستصنع المبيع م: (**دين**) ش: والمبيع الدين م: (**يحتمل السلم**) ش: حتى لو ذكر لفظ السلم م: (**وجواز السلم بإجماع لا شبهة فيه**) ش: لأنه ثابت بآية المداينة والسنة م: (**وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة**) ش: لكونه مجتهد فيه ، ولأن فيه خلاف زفر والشافعي - رحمهما الله - م: (**فكان الحمل على السلم أولى ، والله أعلم**) ش: لكونه أقرب إلى الجواز وأحق بالرخصة .

* * *

مسائل منثورة

قال : ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع ، المعلم وغير المعلم في ذلك سواء . وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به .

م: (مسائل منثورة)

ش: مسائل مرفوعة على أنها خبر مبتدأ محذوف، أي هذه مسائل ، ومنثورة صفتها من نثرت الدراهم ، والتقدير هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكر ثمة ، فاستدركت بذكرها ها هنا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع**) ش: مثل الأسد والدب ونحوهما ، فالقدوري أطلق بيع الكلب وما ذكر معه ليتناول م: (**المعلم وغير المعلم**) ش: وأوضحه المصنف بقوله : وغير المعلم م: (في ذلك سواء) ش: أي المعلم وغير المعلم منها من الكلب والفهد والسباع من المذكور في جواز البيع سواء .

وفي «الإيضاح» : بيع كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير جائز معلمًا كان أو غير معلم في رواية الأصل ، أما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لأنه آلة الحراسة والاصطياد فيكون محلاً للبيع لكونه منتفعًا به حقيقة وشرعًا ، فيكون مالاً .

وأما غير المعلم فلأنه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه ويمنع الأجانب عن الدخول فيه ويخبر عن الجاني بنباحه عليه فساوى المعلم في الانتفاع به .

م: (**وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به**) ش: وفي «شرح الإرشاد» : يجب قتله ويحرم اقتناؤه فلا يجوز بيعه كما في الخنزير . وقال شمس الأئمة السرخسي : ولو كان الكلب العقور بحال يقبل التعليم يجوز بيعه في الصحيح من المذهب ، ولا يجوز الذي لا يقبل التعليم .

ونقل الناطفي في «الأجناس» عن مسائل الفضل بن غانم : قال أبو يوسف -رحمه الله- : أجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا أجيز بيع الكلب العقور ، وقال محمد في «نوادر هشام» : يجوز بيع الكلب العقور . وفي الكيسانيات قال محمد : ومن قتله ضمن قيمته ، إلى هنا لفظ «الأجناس» .

ونقل في «الأجناس» أيضًا عن شرح اختلاف زفر : روى ابن أبي مالك عن أبي يوسف - رحمه الله - عن أبي حنيفة - رحمه الله - لا يجوز بيع الأسد حيًا ويجوز أن يكون مذبوحًا . وجاز بيع الفهد ، وفي البيوع للحسن : جاز بيع القرد. وذكر في الأجناس قال أبو يوسف :

وقال الشافعي : لا يجوز بيع الكلب ؛ لقوله عليه السلام : « إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب » .

أكره بيع الهر لأنه لا منفعة به ، وإنما هو للهو .

م: (**وقال الشافعي : لا يجوز بيع الكلب**) ش: مطلقًا، لأنه لا منفعة به ، وبه قال أحمد، وبعض أصحاب مالك يجوز بيع المأذون بإمساكه ويكره ، وجوز الشافعي إجارة الكلب المعلم في أصح الوجهين . أما اقتناء الكلب للصيد والزرع والبيوت والمواشي فيجوز بالإجماع م: (**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب**)[1] ش: هذا الحديث بغير هذا اللفظ رواه ابن حبان في صحيحه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : « **إن من السحت مهر البغي وثمن الكلب وكسب الحجام** ». وأخرجه الدارقطني أيضًا، ولفظه : « **ثلاث كلهن سحت أجر الحجام ومهر البغي وثمن الكلب** ».وقال الأترازي : وجه قول الشافعي ما روي في صحيح البخاري والسنن مسندًا إلى أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله ﷺ **نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن** ، وذكر أحاديث أخر من هذا الباب ، ولكن هذا غير مناسب للحديث الذي ذكره المصنف ، ورعاية المناسبة من التناسب .

السحت : الحرام المحض الخالص ، وقيل : السحت الحرام المتأصل ،من سحته وأسحته أي استأصله ، سمي الحرام سحتًا لأنه مستأصل دين الآكل ومهر ، البغي أجرة الزانية، يقال: بغت المرأة بغاء بالكسر، والتي زنت فهي بغي أي زانية ، ومن حقه أن يقال : بغية ، لأنه فعيل بمعنى فاعل، والحكم فيه أن يفرق بين المذكر والمؤنث، إلا أنه قد يشبه فعيلاً بمعنى مفعول ، فلا يفرق كما في قولهم: ملحفة جديد .

قوله : وثمن الكلب ، سماه ثمنًا باعتبار صورة البيع ، وحلوان الكاهن أجرته من الحلاوة

---

(١) حسن : أخرجه الدارقطني في البيوع (٣/ ٧٢-٧٣) من طريق الوليد بن عبيد الله بن أبي رباح عن عمه عطاء عن أبي هريرة مرفوعاً بلفظ : «ثلاث كلهن سحت : أجر الحجام ومهر البغي ، وثمن الكلب » وأخرجه من طريق المثنى عن عطاء عن أبي هريرة ، مرفوعاً ، ثم قال :الوليد بن عبيد الله والمثنى ضعيفان .

ورواه ابن أبي حاتم في العلل (٢/ ٤٤٤) قال : سمعت أبي وحدثنا عن إسحاق بن موسى الخطمي عن محمد بن فضيل عن محمد بن إسحاق عن عبد الرحمن بن محمد عن إبراهيم بن محمد قال سمعت السائب بن يزيد فذكر نحوه مرفوعاً ، ثم قال : سمعت أبي يقول : عبد الرحمن بن محمد هو ابن القارئ وإبراهيم هو أخوه علي ما أظن والناس يروون هذا الحديث عن السائب بن يزيد عن رافع بن خديج . وهذا فيه عنعنة ابن إسحاق .

وقال الهيثمي في المجمع (٤/ ٩١) رواه الطبراني وفيه يزيد بن عبدالملك النوفلي وهو متروك ، ورواه ابن حبان من طريق حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء عن أبي هريرة وإسناده صحيح .

ولأنه نجس العين ، والنجاسة تشعر بهوان المحل ، وجواز البيع بإعزازه فكان منتفيًا . ولنا أنه عليه السلام « نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية » ،

وهو الذي يخبر عن الأشياء بإلقاء الشيطان إليه .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الكلب م: (**نجس العين**) ش: بدلالة نجاسة سؤره ، فإنه متولد من اللحم وما كان كذلك لا يجوز بيعه م: (**والنجاسة تشعر بهوان المحل**) ش: أي بذلته م: (**وجواز البيع بإعزازه**) ش: أي تشعر بإعزازه م: (**فكان منتفيًا**) ش: أي فكان جواز البيع منتفيًا وإلا يلزم اجتماع المتنافيين فلا يجوز .

م: (**ولنا أنه عليه السلام**) ش: أي أن النبي ﷺ م: (**نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية**) ش: هذا الحديث غريب بهذا اللفظ ، ولكن روى الترمذي عن أبي هريرة قال نهى النبي ﷺ عن ثمن الكلب إلا كلب صيد [(١)] ثم قال : لا إلا يصح من هذا الوجه ، وروى النسائي عن جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ نهى عن ثمن الكلب والسنور إلا كلب الصيد ، وقال : حديث منكر، وقال مرة : ليس بصحيح ، وقال الكاكي : المدعي جواز بيع جميع الكلب، وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلب الصيد والماشية . قلنا : المقصود من إيراد الحديث إبطال مذهب الخصم ، فإنه يدعي شمول عدم الجواز في الكل ، أما إثبات المدعي والمذهب بما ذكر في «الأسرار» حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، فإنه قال : قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهمًا فذكره مطلقًا من غير تخصيص في أنواع الكلب بالتضمين وتضمين المتلف دليل على تقومه وماليته .

أو نقول : ثبت جواز بيع الكلب المعلم بقوله : إلا كلب صيد ، وجواز بيع الكلب الغير المعلم سوى العقور بقوله أو ماشية ، فإن كل كلب يصلح لحراسة الماشية إذ من عادته النباح عند

---

(١) صحيح دون الاستثناء : رواه الترمذي (١٣٠٤) عن أبي المهزم يزيد بن سفيان عن أبي هريرة مرفوعاً . وقال : لا يصح إلا من هذا الوجه ، وأبو المهزم تكلم فيه شعبة وقد روي عن جابر نحو هذا ولا يصح إسناده أيضًا .

قلت : أخرجه النسائي (٤٣٥٣) من طريق - حجاج بن محمد عن حماد بن سلمةعن أبي الزبير عن جابر وقال : حديث منكر . ولعل النكارة من حجاج بن محمد فإنه وإن كان ثقة إلا أنه اختلط في آخر عمره . وأخرجه الدارقطني (٢/ ٧٣) من طريق عبيد الله بن موسى والهيثم بن جميل والحسن بن أبي جعفر عن حماد عن أبي الزبير عن جابر مرفوعاً . قال البيهقي : رواه عبدالواحد وسويد بن عمرو عن حماد ولم يذكر النبي ﷺ ، ورواه عبيد الله بن موسى عن حماد بالشك في ذكر النبي ﷺ فيه ، ورواه الهيثم بن جميل عن حماد ، ورواه الحسن بن أبي جعفر عن أبي الزبير مرفوعاً وليس بالقوي والأحاديث الصحيحة عن النبي ﷺ في النهي عن ثمن الكلب خالية عن هذا الاستثناء ، وإنما الاستثناء في أحاديث النهي عن الاقتناء فلعله اشتبه على من ذكر في حديث النهي عن ثمنه من الرواة الذين هم دون الصحابة والتابعين .

ولأنه منتفع به حراسة واصطياداً ، فكان مالاً فيجوز بيعه ، بخلاف الهوام المؤذية ؛ لأنه لا ينتفع بها ، والحديث محمول على الابتداء

حضور الذئب ، أو السارق فبقي العقور تحت المستثنى منه ، كذا في «الأسرار» .

قلت : حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أخرجه الطحاوي بإسناد صحيح مرسلاً ، حيث قال : وقد روي في ذلك عن من بعد النبي ﷺ أي من الصحابة والتابعين، ثم قال : حديث يونس قال حدثنا ابن وهب قال سمعت ابن جريج يحدث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهمًا ، وقضى في كلب ماشية بكبش .

وأخرج ابن أبي شيبة عنه أنه قال : في كلب الصيد أربعون درهمًا وفي كلب الماشية شاة من الغنم ، وفي كلب الحرث فرق من طعام ، وفي كلب الدار فرق من تراب حق على الذي أصابه أن يعطيه ، وحق على صاحب الكلب أن يقبله .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الكلب م: (**منتفع به حراسة واصطياداً**) ش: حقيقة وشرعًا م: (**فكان مالاً فيجوز بيعه**) ش: لأن المال غير الآدمي خلق لمصالح الآدمي ، فيكون محلاً للبيع .

فإن قيل : الكلب يمسك للانتفاع بمنافعه لا لعينه كالآدمي فإنه ينتفع بمنافعه إجارة وغيرها ، ولا يدل على أن عينه مال .

قلنا : الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعًا لملك العين لا قصداً في المنفعة إلا أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث ، فيجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والأمة والثوب ، ولا يقال شعر الخنزير ينتفع به للخرز ولا يجوز بيعه ، لأنا نقول : إن الخنزير محرم العين شرعًا ، لا يباح إمساكه لمنفعة بوجه ، فيثبت الحرمة في كل جزء منه وسقطت القيمة ، ثم الإباحة لضرورة الخرز لا يدل على رفع الحرمة عن أصله فيما عدا الضرورة كإباحة لحمه حال الضرورة لا يدل على صحة أكله وجواز بيعه ، فأما الكلب فما ثبت فيه تحريم مطلق وإباحة للضرورة فيبقى ما وراءها على التحريم، كذا في «الأسرار» .

م: (**بخلاف الهوام المؤذية**) ش: من الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وهوام الأرض جميعًا م: (**لأنه**) ش: أي لأن المذكور من الهوام المؤذية م: (**لا ينتفع بها**) ش: بل هي مضرة قطعًا ، والهوام جمع هامة بتشديد الميم ، وفي «المغرب» الهامة من الدواب ما يقتل من ذوات السموم كالعقارب والحيات م: (**والحديث**) ش: أي الحديث المذكور الذي استدل به الشافعي -رحمه الله- م: (**محمول على الابتداء**) ش: أي حالة ابتداء الإسلام وتقريره ما روي عن إبراهيم أنه قال : روي عن النبي ﷺ أنه رخص في ثمن كلب الصيد وذلك دليل على تقديم

قطعًا لهم عن الاقتناء ، ولا نسلم نجاسة العين ، ولو سلم فيحرم التناول دون البيع . قال : ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عليه السلام : « فيه إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها »، ولأنه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه . قال : وأهل الذمة في البياعات

نهي انتسخ ، فإنهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب وكانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها، وهو معنى قوله م: (**قطعًا لهم عن الاقتناء**) ش: وفي بعض النسخ قلعًا لهم ، فشق ذلك عليهم فأمروا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحقيقًا للزجر عن العادة المألوفة ، ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعًا به من الكلاب ، فالحديث الذي رواه الشافعي ، كان في الابتداء أو يجوز أن يقال الحديث مشترك الإلزام ، لأنه قال : ثمن الكلب والثمن في الحقيقة لا يكون إلا في المبايعة .

م: (**ولا نسلم نجاسة العين**) ش: جواب عن استدلال الشافعي بالمعقول بالمنع ، فإن تمليكه في حالة الاجتناب يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك م: (**ولو سلم فيحرم التناول دون البيع**) ش: وفي «الإيضاح» فأما نجاسة العين في ذاته - إن سلم له - فتأثيرها في تحريم التناول ووجوب الاجتناب عنه حسنًا صونه لنفسه وثيابه عن النجاسة ، فأما في حق جواز الانتفاع بها اصطيادًا وحراسة فلا . وفي «جامع قاضي خان» : ومثل السرقين عندنا ، فإنه يجوز بيعه لانتفاع الناس به من غير نكير ، وعند الشافعي : لا يجوز لنجاسة عينه كالعذرة .

قلنا : العذرة لا ينتفع بها إلا إذا اختلط بالتراب ، فحينئذ يجوز بيعها تبعًا .

م: (**قال: و لا يجوز بيع الخمر والخنزير**) ش: هذا لفظ القدوري في «مختصره» ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ **إنما الخمر والميسر** ﴾ . . . الآية فقال : رجس ، والرجس اسم للحرام النجس ، ولا يجوز التصرف في الحرام م: (**لقوله عليه السلام فيه**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها**) ش: هذا في حديث مسلم عن ابن عباس -رضي الله عنهما- ولفظه قال : إن الذي حرم شربها حرم بيعها » .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن كل واحد من الخمر والخنزير م: (**ليس بمال في حقنا**) ش: أي ليس بمال متقوم في حق المسلمين م: (**وقد ذكرناه**) ش: أي في باب البيع الفاسد . م: (**قال**) ش: أي قال القدوري في «مختصره» .

وقال الأكمل : قال محمد في الأصل : لا يجوز بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان، ونقل مطولاً من الأصل وكان ينبغي له أن يقول أولاً : قال القدوري ثم يقول ما قاله محمدًا في الأصل تحرزًا عن اللبس م: (**وأهل الذمة في البياعات**) ش: بكسر الباء الموحدة وتخفيف الياء آخر الحروف . قال الجوهري : البياعة السلعة ، انتهى .

كالمسلمين لقوله عليه السلام في ذلك الحديث : « فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » ، ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين . قال : إلا في الخمر والخنزير خاصة ، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة ، لأنها أموال في اعتقادهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون ، دل عليه قول عمر - رضي الله عنه -: ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها .

فهذا يدل على أن البياعات جمع بياعة ، والظاهر من هذا أن المعنى أن أهل الذمة في بيع السلع م: (**كالمسلمين**) ش: ولكن الظاهر أن الفقهاء أرادوا بالبياعات البيوع ، وليس في اللغة ما يدل على هذا م: (**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**في ذلك الحديث : فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين**) ش: أراد بذلك الحديث أول حديث معاذ -رضي الله عنه- لما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن ، فإنه حديث أخرجته الأئمة الستة في كتبهم وليس فيه ما ذكر المصنف من قوله ما عليهم . . . إلى آخره . وقال مخرج أحاديث الهداية : لم أعرف الحديث الذي أشار إليه المصنف ولم يتقدم في هذا المعنى إلا حديث معاذ ، وهو في كتاب الزكاة ، وحديث بريدة وهوفي كتاب السير وليس فيهما ذلك ولم يتعرض أحد من الشراح إلى تحرير هذا تقصيرًا منهم .

م: (**ولأنهم**) ش: أي ولأن أهل الذمة م: (**مكلفون**) ش: أي بالإيمان م: (**محتاجون**) ش: أي في المعاملات م: (**كالمسلمين**) ش: فكانوا محتاجين إلى ما تبقى به أنفسهم ، ولا تبقى الأنفس إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ، ولا تحصل هذه الأشياء ، إلا بمباشرة الأشياء المشروعة ومنها البيع ، فيجب أن يكون مشروعًا في حقهم ليمكنوا من تبقية أنفسهم .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**إلا في الخمر والخنزير خاصة ، فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة**) ش: حاصل الكلام يحل لهم ما يحل لنا ، ويحرم عليهم ما يحرم علينا من البيوع سوى الخمر والخنزير ، فإنهم أقروا بعقد الأمان على أن يكون ذلك مالاً لهم ، فلو لم يجز تصرفهم خرج ذلك من أن يكون مالاً وفيه نقض الأمان م: (**لأنها**) ش: أي الخمر والخنزير م: (**أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون ، دل عليه**) ش: أي على ما ذكرنا من أنا أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون م: (**قول عمر : - رضي الله عنه- ولُّوهُم بيعها وخذوا العشر من أثمانها**) ش: هذا رواه عبد الرزاق في مصنفه في البيوع أخبرنا سفيان الثوري عن إبراهيم بن عبد الأعلى الحنفي عن سويد بن غفلة قال بلغ عمر بن الخطاب أن عماله يأخذون الجزية من الخمر فناشدهم ثلاثًا ، وقال له بلال رضي الله عنه إنهم ليفعلون ذلك ، قال : فلا تفعلوا ولُّوهُم بيعها فإن اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا

قال : ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز ، ويأخذ الألف من المشتري والخمسمائة من الضامن ، وإن كان لم يقل « من الثمن »جاز البيع بألف درهم ولا شيء على الضمين . وأصله أن الزيادة على الثمن والمثمن جائزة عندنا وتلتحق بأصل العقد ، خلافًا لزفر والشافعي لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع ، وهو كونه عدلاً أو خاسرًا أو رابحًا ،

أثمانها[1] . ورواه أبو عبيد في كتاب الإيمان ، وقال فيه ولوهم بيعها وخذوا أنتم من الثمن .

م: (**قال :ومن قال لغيره: بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ففعل فهو جائز**) ش: هذه المسألة من مسائل «الجامع الصغير» ، صورة المسألة أن يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه إلا بالألف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد: بع عبدك هذا من هذا الرجل بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف ، فيقول صاحب العبد بعت كذا فالبيع جائز م: (**ويأخذ الألف**) ش: أي يأخذ البائع الألف م: (**من المشتري والخمسمائة**) ش: أي ويأخذ الخمسمائة م: (**من الضامن**) ش: وهو الفضولي الذي لا تعلق له في الوسط .

م: (**وإن كان**) ش: أي الرجل الآخر م: (**لم يقل « من الثمن » جاز البيع بألف درهم ولا شيء على الضمين**) ش: ذكر الإمام السرخسي الفرق بين المسألتين أن في المسألة الأولى ضمن الأجنبي وصير نفسه زعيمًا حيث قال من الثمن فيجب عليه ، وفي الثانية أنه رشاه على البيع بما سماه من المال والرشوة حرام لا يلزم بالضمان م: (**وأصله**) ش: أي وأصل ما ذكر من هذه المسألة م: (**أن الزيادة على الثمن والمثمن جائزة عندنا ، وتلتحق**) ش: أي الزيادة م: (**بأصل العقد ، خلافًا لزفر والشافعي لأنه**) ش: أي لأن الإلحاق م: (**تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه**) ش: أي كون الثمن م: (**عدلاً**) ش: بأن يكون مساويًا لقيمة البيع م: (**أو خاسرًا**) ش: بأن يكون الثمن أقل من قيمة المبيع م: (**أو رابحًا**) ش: بأن يكون الثمن زائدًا على قيمة المبيع وكل ذلك مشروع .

فإن قيل :كيف يجب عليه شيء من الثمن بالبيع ولم يدخل في ملكه شيء من المعقود عليه ؟

قلنا : التزام الثمن بالبيع مقصودًا فصار كبدل الخلع ،وقال تاج الشريعة : وإن قلت لو ثبتت هذه الزيادة ثمنًا لتوجهت المطالبة بها على المشتري ثم الضامن يتحمل ولا يطالب المشتري بها ، لأنه لم يلتزمها وإنما يطالب بها من التزمها ،لأن من الثمن في حق من التزمها لا في حق

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٧/ ١٩٥) في البيوع «باب بيع الخمر » قال : أخبرنا الثوري عن عبد الأعلى عن سويد ابن غفلة قال : بلغ عمر . . فذكره .

ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئًا بأن زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها ، فيصح اشتراطه على الأجنبي ، كبدل الخلع ، لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة ، فإذا قال « من الثمن » وجد شرطها فيصح ، وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح . قال : ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى

من لم يلتزمها وثبوت الحكم بحسب السبب كالرجل يقول : لفلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل ، وأنكر الأصيل ذلك يصير الكفيل مطالبًا دون الأصيل لهذا المعنى ، انتهى .

وقال بعضهم : القياس يأبى جواز الزيادة من الأجنبي لأنها بدل مال معاوضة من غير أن يحصل ما بإزائه عوض ، وذلك لا يجوز اعتبارًا بأصل الثمن ، إلا أنا تركنا القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الأجنبي شرعًا ، وهو حديث أبي قتادة حين امتنع النبي ﷺ عن الصلاة على رجل من الأنصار لمكان دين عليه ، قال أبو قتادة : هو علي وإلي وفي مالي يا رسول الله . وجوز ذلك منه حتى صلى على الميت وذلك إمضاء منه بذلك المال عوضًا عن دينه من غير أن يحصل له عوض بإزائه ، والزيادة في الثمن من الأجنبي في معناه فيلحق به دلالة .

وقال صاحب النهاية : الأولى ما قاله العلماء لأنا لو استدللنا في جواز التزام الزيادة من الأجنبي بهذا الحديث ينبغي أن يجوز للأجنبي التزام أصل الثمن أيضًا إذ الحكم لا يفرق بينهما وبالاتفاق لا يجوز التزام أصل الثمن من الأجنبي ، ولأن حكم الحديث كان بعد الوجوب والتزام الزياة من الأجنبي وقت المعاقدة بل وجوب أصل الثمن على المشتري فعلم أن بينهما فرقًا .

م: (**ثم قد لا يستفيد المشتري بها**) ش: أي بالزيادة م: (**شيئًا بأن زاد في الثمن وهو**) ش: أي والحال أن الثمن م: (**يساوي المبيع بدونها**) ش: أي بدون الزيادة فإذا كان كذلك م: (**فيصح اشتراطه**) ش: أي اشتراط الثمن .

وفي بعض النسخ فيصح اشتراطها أي اشتراط الزيادة م: (**على الأجنبي كبدل الخلع**) ش: لأن الخلع لا يسلم شيئًا للمرأة بمقابلة بدل الخلع لأنه إسقاط محض واشتراط البدل على الأجنبي غير جائز فكذلك اشتراط الضمان هنا على غير المشتري م: (**لكن من شرطها**) ش: أي من شرط الزيادة م: (**المقابلة تسمية**) ش: بأن يتكلم المتكلم بلفظه من الثمن م: (**وصورة**) ش: بأن يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة وإن لم يقابله من حيث المعنى لكون جميع المبيع حاصلاً للبيع عليه م: (**فإذا قال « من الثمن » وجد شرطها**) ش: وهو المقابلة م: (**فيصح وإذا لم يقل**) ش: من الثمن م: (**لم يوجد**) ش: أي شرطه م: (**فلم يصح**) ش: لأنها ليست زيادة في الثمن ، بل هو التزام مبتدأ فيكون بطريق الرشوة وهو حرام .

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (**ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى**

زوجها فوطئها الزوج ، فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية ، وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر ، وهذا قبض لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله . وإن لم يطأها فليس بقبض . والقياس أن يصير قابضًا لأنه تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي . وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل ، وبه يصير قابضًا ولا كذلك الحكمي

زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية) ش: أي ولاية التزويج م: (**وهوالملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر**) ش: قيد بالكمال ، لأنه لو ملك نصفها لا يملك التزويج .

فإن قيل : ملك الرقبة سبب ولاية التزويج فكذلك سبب ولاية التصرف أيضًا ، فلم لا يجوز البيع قبل القبض كما قال مالك ، فإن عنده يجوز جميع التصرفات قبل القبض، وعندنا لا يجوز البيع وبه قال الشافعي وأحمد ، ويجوز التزويج والعتق .

قلنا : لورود النهي في ذلك والنكاح ليس ببيع ولا في معناه ، ولا يثبت حكم البيع فيه ، ألا ترى أن البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه قبل القبض ، بخلاف النكاح ، وشرط البيع أن يكون مقدور التسليم ، بخلاف النكاح فإنه ليس بشرط فيه ، ولهذا لا يجوز بيع الآبقة ويجوز إنكاحها .

وذكر الشهيد في « الفتاوى الكبرى» جاز نكاحها قبل القبض إن تم البيع ، وإن انتقض بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافًا لمحمد والمختار قول أبي يوسف ، وذكر الإمام قاضي خان والزدمكري : لو ماتت الجارية قيل لا يبطل النكاح وإن بطل البيع ، ومتى لم يطأها حتى مات يجب المهر للمشتري .

م: (**وهذا**) ش: أي وطء الزوج م: (**قبض**) ش: وعند الشافعي وأحمد ، ومالك -رحمهم الله- لا يصير قبضًا م: (**لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته**) ش: أي من جهة المشتري م: (**فصار فعله كفعله**) ش: أي فعل الزوج كفعل المشتري م: (**وإن لم يطأها**) ش: أي الزوج م: (**فليس بقبض ، والقياس أن يصير قابضًا**) ش: أي فيصير المشتري قابضًا بمجرد النكاح م: (**لأنه**) ش: أي لأن التزويج م: (**تعييب حكمي ، فيعتبر بالتعييب الحقيقي**) ش: حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له أن يردها فيصير كالتعييب الحقيقي كقطع اليد وفقء العين .

م: (**وجه الاستحسان أن في الحقيقي**) ش: أي في التعييب الحقيقي م: (**استيلاء على المحل**) ش: باتصال فعل منه إليه م: (**وبه يصير قابضًا**) ش: أي بالتعييب الحقيقي يصير قابضًا م: (**ولا كذلك الحكمي**) ش: أي التعييب الحكمي ، فلا يصير قابضًا .

فإن قيل : يشكل هذا بالإعتاق والتدبير فإنهما إبقاء بالاستيلاء على المحل بالفعل الحسي ، ومع أنه يصير قابضًا بهما بإجماع العلماء قلنا هما إتلاف من وجه ، لأن الإعتاق إنهاء للملك

فافترقا . قال : ومن اشترى عبداً فغاب والعبد في يد البائع ، وأقام البائع البينة أنه باعه إياه ، فإن كانت غيبة معروفة لم يبع في دين البائع ؛ لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع ، وفيه إبطال حق المشتري ، وإن لم يدر أين هو بيع العبد وأوفى الثمن ؛ لأن ملك المشتري ظهر بإقراره، فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولاً بحقه . وإذا تعذر استيفاؤه من المشتري يبيعه القاضي فيه ، كالراهن إذا مات والمشترى إذا مات مفلسًا والمبيع لم يقبض ، بخلاف ما بعد القبض ؛ لأن حقه لم يبق متعلقًا به ، ثم إن فضل شيء يمسك للمشتري ؛

وإتلاف للمالية ، ولهذا ثبتت الولاية . وله من ضرورته أن يصير قابضًا وكذا التدبير في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية كذا في «المبسوط» م: (**فافترقا**) ش: أي بالوجه المذكور افترق الحكمان المذكوران .

م: (**قال:ومن اشترى عبدًا فغاب والعبد في يد البائع**) ش: أي فغاب المشتري والحال أنه لم يدفع الثمن إلى البائع م: (**وأقام البائع البينة**) ش: عند القاضي م: (**أنه باعه إياه**) ش: أي أن البائع باع العبد إياه ، أي للذي اشتراه ثم غاب قبل نقد الثمن ، وهو معنى قوله : ولم يقبض الثمن وطلب من القاضي أن يبيعه بدينه .

م: (**فإن كانت غيبة**) ش: المشتري م: (**معروفة لم يبع في دين البائع**) ش: على صيغة المجهول ، أي العبد لم يبع م: (**لأنه يمكن إيصال البائع إلى حقه بدون البيع وفيه**) ش: أي وفي بيع العبد م: (**إبطال حق المشتري**) ش: لأن البيع يبطل حقه في العبد م: (**وإن لم يدر**) ش: أي وإن لم يعلم م: (**أين هو**) ش: أي المشتري يعني في أي مكان هو م: (**بيع العبد**) ش: في دين البائع م: (**وأوفى الثمن**) ش: أي ثمن العبد الذي اشتراه الرجل يوفى من ثمنه الذي يباع لأجل دين البائع م: (**لأن ملك المشتري ظهر بإقراره**) ش: أي بإقرار البائع أنه باعه إياه م: (**فيظهر على الوجه الذي أقر به**) ش: حال كونه م: (**مشغولاً بحقه**) ش: أي بحق البائع .

م: (**وإذا تعذر استيفاؤه من المشتري**) ش: لأجل غيبة المشتري وعدم معرفة مكانه م: (**يبيعه القاضي**) ش: لأنه نصب ناظرًا لمصالح المسلمين م: (**فيه**) ش: أي في استيفاء م: (**كالراهن إذا مات والمشتري إذا مات مفلسًا والمبيع**) ش: فإن المرتهن أحق بالمرهون يباع في دينه إذا تعذر الاستيفاء م: (**لم يقبض**) ش: فإن المبيع يباع بثمنه .

م: (**بخلاف ما بعد القبض**) ش: أي بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فإن بينه البائع لم تقبل م: (**لأن حقه**) ش: أي حق البائع م: (**لم يبق متعلقًا به**) ش: أي بالعبد بل صار دينًا في ذمة المشتري م: (**ثم إن فضل شيء**) ش: من ثمن العبد م: (**يمسك للمشتري**) ش: لأن الفاضل له م:

لأنه بدل حقه . وإن نقص يتبع هو أيضًا . فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه . وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف : إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعًا بما أدى عن صاحبه ؛لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه ، وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه . ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن ؛ لأن البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء منه ، والمضطر يرجع

(**لأنه بدل حقه**) ش: أي لأن الفاضل بدل حق المشتري م: (**وإن نقص**) ش: حق البائع من ثمن العبد م: (**يتبع هو أيضًا**) ش: أي يتبع البائع المشتري أيضًا ، يعني يرجع البائع بالنقصان إذا ظفر به .

م: (**فإن كان المشتري اثنين**) ش: أي فإن كان مشتري العبد اثنين م: (**فغاب أحدهما فللحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه**) ش: أي ويقبض العبد م: (**وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن ، وهو**) ش: أي المذكور من الحكم م: (**قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف :إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعًا بما أدى عن صاحبه ؛ لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه ، وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه**) ش: ذكر هذه المسألة تفريعًا لما تقدم والخلاف في موضعين : في قبض الكل وفي ولاية الرجوع ، واعلم أولاً أن الحاضر ليس له أن يقبض العبد حتى يؤدي كل الثمن بالاتفاق ، لأن للبائع حبس المبيع بكل الثمن ، فإذا أدى كل الثمن لا يقبض إلا نصيبه ولا يرجع عليه بما أدى عند أبي يوسف ، وعندهما يقبض الكل ويرجع بما أدى .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد م: (**أنه**) ش: أي أن الحاضر م: (**مضطر فيه**) ش: أي في دفع كل الثمن م: (**لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن ؛ لأن البيع صفقة واحدة وله**) ش: أي وللبائع م: (**حق الحبس**) ش: أي حبس المبيع لأجل قبض جميع الثمن م: (**ما بقي شيء منه**) ش: أي من الثمن فيكون مضطرًا في ذلك م: (**والمضطر يرجع**) .

فإن قيل : لو كان التعليل بالاضطرار مقولاً عليه لما تفاوت الحكم بين أن يكون الشريك حاضرًا أو غائبًا كما في صاحب العلو ، فإنه يبني السفل ليبني عليه علوه ، فإنه لا يكون متبرعًا ببناء السفل سواء كان صاحب السفل حاضرًا أو غائبًا . وها هنا لو كانا حاضرين فأراد أحدهما نقد الثمن وقبض نصيبه ليس له ذلك بالإجماع ، ولو نقد نصيبه كان متبرعًا فيما نقد بالإجماع .

قلنا : الملك للغائب إنما يثبت في نصيبه باعتبار قبول الحاضر ؛ لأن من خاطب الاثنين بالبيع

كمعير الرهن . وإذا كان له أن يرجع عليه كان له الحبس عنه إلى أن يستوفي حقه ، كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه . قال : ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان ؛ لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية . وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ، ومن الفضة دراهم وزن سبعة ؛ لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى

فقبل أحدهما دون الآخر لم يملك شيئًا منه ، وإذا ثبت أن الملك له باعتبار قبول الحاضر بمنزلة الوكيل عنه بالشراء ، وإذا نقد الثمن يتمكن من قبض المبيع ويثبت له حق الرجوع على صاحبه بنصيبه . وأما صاحب العلو فإنه مضطر إلى أن يتوصل إلى حقه من بنا ءالعلو ، سواء كان صاحب السفل حاضرًا أو غائبًا ، لأنه ليس له أن يخاصمه في أن يبني السفل ليبني هو علوه ، فلذلك افترقًا .

فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين ما إذا استأجر رجلان دارًا فغاب أحدهما قبل نقد الأجرة فنقد الحاضر الأجر كله فإنه يكون متبرعًا بالإجماع .

قلنا : إنه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الأجرة من قبل أنه ليس للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجر ، كذا ذكره التمرتاشي م: (**كمعير الرهن**) ش: صورته رجل أعار إنسانًا شيئًا ليرهنه فرهنه المستعير ثم أفلس أو غاب فأهلكه المعير يرجع بما أدى منه عليه ، وإن كان ذلك الأداء بغير أمره لأنه مضطر ، فكذا فيما نحن فيه .

م: (**وإذا كان له**) ش: أي للبائع م: (**أن يرجع عليه**) ش: أي على المشتري م: (**كان له الحبس عنه**) ش: أي حبس نصيبه م: (**إلى أن يستوفي حقه**) ش: وهو الذي ادعى عنه م: (**كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن**) ش: أي ثمن الذي اشتراه م: (**من مال نفسه**) ش: دون مال الموكل فإنه يرجع عليه بما أدى من الثمن .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما**) ش: أي الذهب والفضة م: (**نصفان**) ش: يعني من الذهب خمسمائة مثقال ومن الفضة خمسمائة مثقال ولم يرجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل ، ولم تترجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات لأنهما لما تعارضا ولم يوجد المرجح صير إلى قضية الإضافة والبيان فوجب من كل واحد منهما خمسمائة م: (**لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية**) ش: للترجيح م: (**وبمثله**) ش: أي وبمثل المذكور م: (**لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة**) ش: يعني كل عشرة وزن سبعة م: (**لأنه أضاف الألف إليهما**) ش: أي إلى الذهب والفضة م: (**فينصرف إلى**

الوزن المعهود في كل واحد منهما . قال :ومن له على آخرعشرة دراهم جياد ، فقضاه زيوفًا وهو لا يعلم ، فأنفقها ، أو هلكت ؛ فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف - رحمه الله - : يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه ؛ لأن حقه في الوصف مرعي ، كهو في الأصل ، ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف ؛ لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه ، فوجب المصير إلى ما قلنا . ولهما أنه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز ، فيقع به الاستيفاء ، ولا يبقى حقه إلا في الجودة ، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا ،

الوزن المعهود في كل واحد منهما) ش: وفي بعض النسخ إلا أنه ينصرف المعهود ، والمعهود في الذهب المثاقيل وفي الفضة الدراهم .

وقال التمرتاشي : لو قال : بألف مثقال من الذهب والفضةفهما نصفان لأنه أضاف العقد إليهما على السواء ويشترط بيان صفتهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف إلى الجيد . وكذا لو قال: على مائة مثقال ذهب وفضة فعليه من كل واحد النصف ، وهكذا في جميع ما يقر به من المكيل والموزون والثياب وغيرها قرضًا أو سلمًا أو غصبًا أو وديعة أو بيعًا أو شراء أو مهرًا، وجعلاً في خلع أو وصية أو كفالة ، وكذا لو قال: علي كر حنطة وشعير وسمسم ، كان عليه الثلث من كل جنس .

م: (قال) ش: أي قال محمد في «الجامع الصغير» : م: (ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفًا) ش: أي دراهم زيوفًا م: (وهو لا يعلم) ش: أي والحال أن صاحب الدين لا يعلم زيافتها م: (فأنفقها) ش: أي فأنفق تلك الزيوف رب الدين م: (أو هلكت فهو قضاء عند أبي حنيفة ومحمد) ش: يعني يكون مؤديًا ما عليه من تلك الدراهم ولا يبقى عليه شيء .

م: (وقال أبو يوسف -رحمه الله- : يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لأن حقه في الوصف) ش: وهو الجودة أو الرداءة م: (مرعي كهو في الأصل) ش: أي كحقه في القدر حتى لو كان حقه في القدر الذي هو الأصل لم يسقط مطالبته فكذا إذا كان دون حقه وصفًا فيرد المقترض إن كان باقيًا وبمثله إن كان مستهلكًا م: (ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف) ش: منفردًا لعدم انفكاكه م: (لأنه) ش: أي لأن الوصف (لا قيمة له عند المقابلة بجنسه) لأنه يؤدي إلى الربا ، فإذا كان الأمر كذلك م: (فوجب المصير إلى ما قلنا) ش: وهو قوله: يرد مثل زيوفه ويرجع بدراهمه .

م: (ولهما) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد م: (أنه) ش: أي المؤدى وهو الزيوف م: (من جنس حقه) ش: وأوضح ذلك بقوله : م: (حتى لو تجوز به) ش: أي بالمؤدى يعني يؤاخذه مسائلاً لنقصان حقه م: (فيما لا يجوز الاستبدال) ش: فيه كما في الصرف والسلم م: (جاز فيقع به الاستيفاء ، ولا يبقى حقه إلا في الجودة ، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا) ش: إشارة إلى

وكذا بإيجاب ضمان الأصل ؛ لأنه إيجاب له عليه ولا نظير له . قال : وإذا فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه ، وكذا إذا باض فيها ، وكذا إذا تكنس فيها ظبي ؛ لأنه مباح سبقت يده إليه ، ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه ، وكذا البيض لأنه أصل الصيد ، ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه ، وصاحب الأرض لم يعد أرضه

قوله : لأنه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه .

م: (**وكذا بإيجاب ضمان الأصل**) ش: أي وكذا لا يمكن تداركها بإيجاب ضمان الأصل م: (**لأنه**) ش: أي لأن إيجاب ضمان الأصل م: (**إيجاب له عليه**) ش: أي إيجاب الأصل عليه م: (**ولا نظير له**) ش: أي في الشرع . وحاصل الكلام أن الجودة لا يمكن فيها الضمان شرعًا لأنها عند المقابل بالجنس هدر ولا عقلاً لعدم تصور الانفكاك ولا بإيجاب ضمان الأصل ، لأن المضمون حينئذ هو الأصل والفرض أنه من حيث الأصل مستوف بإيجاب الضمان باعتباره إيجاب له عليه ولا نظير له في الشرع ، واعترض من وجهين :

أحدهما : أن إيجاب الضمان على رجل لنفسه لا يجور إذا لم يفد ، وها هنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فإنه مضمون على المولى ، وإن كان ملكًا له ، حتى لو اشترى صح . والثاني أن المقصود بالأصلي هو وجوب حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمنًا فلا يعتبر .

الجواب عن الأول : أن الفائدة إنما هي للغرماء فكان تضمين الشخص لغيره ، بخلاف ما نحن فيه . وعن الثاني : أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابع له .

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» م: (**وإذا فرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه وكذا**) ش: أي وكذا لمن أخذ م: (**إذا باض فيها**) ش: طير في أرض رجل م: (**وكذا إذا تكنس**) ش: وفي بعض النسخ تكسر أي في كناسة ، وهو موضعه ، وفيه احتراز بقوله تكسر لأنه لو كسره أحد يكون له م: (**فيها**) ش: أي في أرض رجل م: (**ظبي**) ش: مرفوع لأنه فاعل م: (**لأنه**) ش: أي ولأن كل واحد من الفرخ والبيض والظبي م: (**مباح سبقت يده إليه**) ش: فاستحق ذلك بالسبق .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن كل واحد من الفرخ والبيض والظبي م: (**صيد**) ش: فالذي يأخذه هو حق له بالحديث م: (**وإن كان يؤخذ بغير حيلة**) ش: كلمة إن واصلة بما قبلها .

م: (**والصيد لمن أخذه**) ش: بقوله عليه السلام : « الصيد لمن أخذ» م: (**وكذا البيض**) ش: حكمه حكم الصيد م: (**لأنه**) ش: أي لأن البيض م: (**أصل الصيد**) ش: وأوضح ذلك بقوله : م: (**ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره**) ش: أي بكسر البيض م: (**أو شيه**) ش: أي أو شي البيض ، وأشار إلى أن الحكم المذكور فيما إذا لم يعد صاحب الأرض موضعًا لفراخ الصيد ليأخذه ، وأما إذا أعد في أرضه موضعًا لذلك فهو له ، وأشار إليه بقوله م: (**وصاحب الأرض لم يعد أرضه**

لذلك فصار كنصب شبكة للجفاف ، وكذا إذا دخل الصيد داره ، أو وقع ما نثر من السكر أو الدراهم في ثيابه ، لم يكن له ما لم يكفه ، وكذا إذا كان مستعداً له، بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه لأنه عد من أنزاله فيملكه تبعًا لأرضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في أرضه بجريان الماء .

لذلك) ش: أي لأجل فراخ الصيد ، والواو فيه للحال م: (**كنصب شبكة للجفاف**) ش: أي لأجل الجفاف فتعلق بها صيد فهو للأخذ، وكذا إذا نصب خيمة .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا الحكم م: (**إذا دخل الصيد داره**) ش: فهو للأخذ . وقال الأترازي : ولو أن صيداً دخل دار رجل فأغلق عليه الباب فإن كان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه ، ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم به فلا يملكه ، فإذا خرج منه فهو لمن أخذه م: (**أو وقع ما نثر من السكر أو الدراهم في ثيابه لم يكن له**) ش: فهو لمن أخذه م: (**ما لم يكفه**) ش: أي ما لم يضم صاحب الثياب ثيابه ، فإذا كان كفه فهو له دون غيره م: (**وكذا**) ش: أي وكذا يكون لصاحب الثياب م: (**إذا كان مستعداً له**) ش: بأن قصده وتهيأ له فحينئذ يكون له ما وقع في ثيابه .

م: (**بخلاف ما إذا عسل النحل في أرضه**) ش: بتشديد السين ، يقال زنجبيل معسل ، أي جعل فيه العسل ، وعسلت القوم إذا رددت لهم العسل يكون العسل له مطلقًا م: (**لأنه**) ش: أي لأن العسل م: (**عد من أنزاله**) ش: الأرض وذكر الضمير وإن كان راجعًا إلى الأرض باعتبار المكان ، والأنزال بفتح الهمزة جمع النزل وهو الزيادة والفضل ، كذا في « المغرب ». والحاصل أنه من ريع الأرض وما فضل منها ، فإذا كان كذلك م: (**فيملكه**) ش: أي يملكه م: (**تبعًا لأرضه**) ش: لأن العسل غالبًا لا يحصل في مطلق المواضع ولا يمطر الأغذية فإذا عسل في أرض علم أنه من نبات تلك الأرض م: (**كالشجر النابت فيه**) ش: يعني إذا ثبتت في أرضه فتكون له م: (**والتراب**) ش: أي كالتراب م: (**المجتمع في أرضه بجريان الماء**) ش: يكون أيضًا لمالك الأرض ، وإذا لم تكن الأرض معدة لذلك بخلاف الصيد كما ذكرنا .

* * *

كتاب الصرف

قال : الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان ، سمي به للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد . والصرف هو النقل والرد لغة ، أو لأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لا ينتفع بعينه ،

م: (كتاب الصرف)

ش:أي هذا كتاب في بيان أحكام الصرف . وجه تأخير كتاب الصرف عن بيان أنواع البيوع أنه ذكر في أول باب السلم ، أو لأن الصرف بيع الأثمان والثمن في البياعات يجري مجرى الوصف ، والمبيع يجري مجرى الأصل لتوقف جواز البيع إلى وجود المبيع دون الثمن والوصف تابع للأصل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**الصرف هو البيع**) ش: وفي «المبسوط» : الصرف اسم لنوع بيع وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض ، أشار إليه المصنف بقوله : م: (**إذا كان كل واحد من عوضيه**) ش: أي من عوضي البيع م: (**من جنس الأثمان**) ش: إنما قال من جنس الأثمان ولم يقل من الأثمان ؛ لأن عقد الصرف يشمل التبر والحلي والمضروب والمخلوط وقال الإمام الأسبيجابي : الصرف اسم لعقود ثلاثة بيع الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة أو أحدهما بالآخر ، فما اختص باسم الصرف اختص بشرائط ثلاثة ، وجود التقابض من الجانبين جميعًا قبل التفرق بالأبدان ، وعدم اشتراط الخيار فيه .

ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل التفرق انقلب العقد جائزًا عندنا خلافًا لزفر ، ولا يكون فيه تأجيل م: (**سمي به**) ش: أي سمي هذا العقد بالصرف م: (**للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد**) ش: أي لحاجة المتصارفين إلى نقل الثمن من يد أحدهما إلى يد الآخر .

م: (**والصرف هو النقل والرد لغة**) ش: أي يعني الصرف لغة هو النقل والرد كذا قاله الخليل . ومنه سميت العبادة النافلة صرفًا ، وذكر في كتاب «العين» للخليل : الصرف فضل الدرهم على الدرهم في القيمة ، وقال ابن دريد في «الجمهرة» : وقال بعض أهل اللغة : الصرف الفريضة والعدل النافلة . وقال قوم : الصرف الوزن والعدل الكيل م: (**أو لأنه**) ش: أي لأن الصرف عقد م: (**لا يطلب منه إلا الزيادة**) ش: لأنه عقد يرد على مال لا يطلب منه ذاته ، بل يطلب منه الفضل م: (**إذ لا ينتفع بعينه**) ش: أي بعين ما يكون ثمنًا خلقة فإن غير الدراهم والدنانير ينتفع بعينه كاللحم والثوب وغيرهما من أشياء غير النقدين فيجوز أن تكون الفائدة والمقصود في بيعها الانتفاع بها لا الزيادة .

والصرف هو الزيادة لغة ، كذا قاله الخليل ، ومنه سميت العبادة النافلة صرفًا . قال :فإن باع فضة بفضة أو ذهبًا بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل ، وإن اختلفا في الجودة والصياغة لقوله عليه السلام : « الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، وزنًا بوزن ، يدًا بيد والفضل ربا » . الحديث ، وقال عليه السلام : «جيدها ورديئها سواء » وقد ذكرناه في البيوع .

أما في بيع الصرف لو لم يكن المطلوب الزيادة فيخلو عن الفائدة م: **(والصرف هو الزيادة لغة ، كذا قاله الخليل)** ش: فكانت إرادة الزيادة مطلوبة في بيعها ، فلهذا اختص هذا البيع بلفظ الصرف ، وعن هذا قيل لمن يعرف هذا الفضل والزيادة صراف وصيرفي .

م: **(ومنه)** ش: أي ومن القول بأن الصرف لغة الزيادة م: **(سميت العبادة النافلة صرفًا)** ش: لأنها زائدة على الفرائض . وقال الأترازي : وأما قوله : سميت العبادة النافلة صرفًا ففيه نظر ، لأن الزمخشري أورد في فائقه في حديث النبي ﷺ في ذكر المدينة : « **من أحدث فيها حدثًا أو آوى محدثًا فعليه لعنة الله إلى يوم القيامة ، لا يقبل منه صرف ولا عدل**» [1] ، فقال : الصرف التوبة لأنه صرف للنفس إلى البر عن الفجور والعدل العدية من المعادلة انتهى . قلت : لا وجه في هذا النظر أصلاً ، لأن الصرف ورد لمعان كثيرة وقد ذكرناها الآن .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(فإن باع فضة بفضة أو ذهبًا بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفا)** ش: أي العوضان م: **(في الجودة والصياغة)** ش: أما في الجودة بأن يكون أحدهم أجود من الآخر في ذاته ، وأما في الصياغة بأن يكون أحدهما أحسن صياغة من الآخر م: **(لقوله عليه السلام)** ش: أي لقول النبي ﷺ :م: (« **الذهب بالذهب مثلاً بمثل وزنًا بوزن يدًا بيد والفضل ربا** ») ش: هذا الحديث قد تقدم في باب الربا م: **(الحديث)** ش: بالنصب ، أي أقرأ هذا الحديث بتمامه ، ويجوز بالرفع ، أي روي هذا الحديث بتمامه وقد تقدم تمامه هناك .

م: **(وقال عليه السلام : جيدها ورديئها سواء)**[2] ش: أي قال النبي ﷺ : جيد الأموال الربوية ورديئها سواء في حرمة الزيادة ، وهذا الحديث غريب ومعناه يؤخذ من إطلاق حديث أبي سعيد الخدري المتقدم وهو ما رواه مسلم عنه قال رسول الله ﷺ : « **الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل يدًا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى ، الأخذ والعطاء فيه سواء** » ، وفي حديث عبادة بن الصامت : الذهب بالذهب - إلى قوله - سواء بسواء يدًا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد م: **(وقد ذكرناه)** ش: أي الحديث المذكور م: **(في البيوع)** ش: أي في كتاب البيوع .

---

(١) رواه مسلم في الحج (٤٦٣ ، ٤٦٧) وأحمد (٢/ ٥٢٦) .

(٢) تقدم تخريجه .

قال : ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا، ولقول عمر - رضي الله عنه - : وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره . ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن بيع الكالئ بالكالئ ، ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقًا للمساواة فلا يتحقق الربا.

م: (قال) ش: أي القدوري : م: **(ولابد من قبض العوضين قبل الافتراق)** ش: يعني قبل الافتراق بالأبدان بإجماع العلماء م: (لما روينا) ش: وهو قوله : يدًا بيد م: **(ولقول عمر -رضي الله عنه- وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره)** ش: هذا رواه محمد بن الحسن في أوائل كتاب الصرف، قال : حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب -رضي الله عنهما- عن عمر -رضي الله عنه- : الذهب بالذهب مثلاً بمثل والورق بالورق مثلاً بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض ، لا يباع منها غائب بناجز ، فإني أخاف عليكم الربا وإن استنظرك إلى أن يدخل بيته فلا تنظره ، انتهى .

قوله : استنظرك يخاطب به أحد عاقدي الصرف يعني إن سألك صاحبك أن يدخل بيته لإخراج بدل الصرف فلا تمهله ، وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي : وعن ابن عمر أنه قال : إن وثب من سطح فثب معه .

وقال الأترازي : الربا إما بالمد يعني الربا وهذا الذي ذكرناه كله دليل على وجوب التقابض قبل الافتراق . وفي «فوائد» القدوري : المراد بالقبض هنا القبض بالتزاحم لابالتخلية ، وهذا القبض شرط بقاء العقد على الصحة ، لا شرط انعقاده صحيحًا ، يدل عليه قوله : فإن افترقا بطل العقد والمشي إنما يبطل بعد وجوده .

م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن الشأن م: **(لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن بيع الكالئ بالكالئ)** ش: أي النسيئة بالنسيئة ونهى النبي ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ [1] رواه ابن أبي شيبة وإسحاق ابن راهويه والبزار في مسانيدهم من حديث ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: نهى النبي ﷺ أن يباع كالئ بكالئ يعني دينًا بدين.

م: **(ثم لابد من قبض الآخر تحقيقًا للمساواة فلا يتحقق)** ش: بالنصب لأنه جواب النفي ، وهو قوله : لا بد ، والمعنى كيلا يتحقق م: **(الربا)** ش: إذ في عدم قبض الآخر شبهة بيع النقد بالنسيئة ، فيتحقق شبهة الربا وقد نهى النبي ﷺ عن ذلك . وقال الكاكي -رحمه الله-: فإن قيل : يشكل على هذا التعليل ما إذا باعا المصوغ بالمضروب ، فإن المصوغ مما يتعين بالتعيين ، ومع ذلك يشترط قبضها إذ النسيئة بالنسيئة أن ما تكون باعتبار عدم التعيين ، ومع ذلك يشترط قبضها ، لكن فيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنًا خلقة فيشترط قبضه اعتبارًا بالشبهة في باب

---

(١) تقدم تخريجه .

ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ ، أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا . ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنًا خلقة ، فيشترط قبضه اعتبارًا للشبهة في الربا ، قال : والمراد منه الافتراق بالأبدان ، حتى لو ذهبا عن المجلس يمشيان معًا في جهة واحدة ، أو ناما في المجلس ، أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر : وإن وثب من سطح فثب معه ،

الربا .

م: **(ولأن أحدهما)** ش: دليل آخر ، ولأن أحد العوضين م: **(ليس بأولى)** ش: بالقبض م: **(من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا يتعينان كالمصوغ)** ش: والتبر م: **(أو لا يتعينان كالمضروب ، أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما روينا)** ش: وهو قوله عليه الصلاة والسلام : «الذهب بالذهب مثلاً بمثل» . وهو يتناول المضروب وغيره م: **(ولأنه)** ش: أي ولأن بيع المصوغ بالمصوغ م: **(إن كان يتعين)** ش: يعني بالتعيين م: **(ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنًا خلقة)** ش: أي لكونه خلق **ثمنًا**، فإذا كان كذلك م: **(فيشترط قبضه اعتبارًا للشبهة في الربا)** ش: حاصل هذا أن قوله : ولأنه إن كان يتعين جواب عما يقال : بيع المضروب بلا قبض لا يصح لأنه كالئ بكالئ ، وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعينه بالتعيين فأجاب بقوله ولأنه إلى آخره .

وقال الأكمل -رحمه الله- : فإن قيل : فعلى هذا - أي على الذي ذكره المصنف- يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة بشبهة الفضل ، فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهومما يتعين كان بالنظر إلى كونه خلق ثمنًا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الأولى ، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها .

أجيب: بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله يدًا بيد لا بالشبهة ، لأن الحكم في موضع النص يضاف إليه لا إلى العلة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار النص لا الشبهة .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(والمراد منه)** ش: أي من قوله قبل الافتراق م: **(الافتراق بالأبدان)** ش: دون المكان م: **(حتى لو ذهبا عن المجلس)** ش: أي المتعاقدان بالصرف حال كونهما م: **(يمشيان معًا في جهة واحدة)** ش: قيد بمعًا لأنهما لو مشيا في جهتين مختلفتين يبطل الصرف لوجود الافتراق بالأبدان م: **(أو ناما في المجلس أو أغمي عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر)** ش: أى لقول عبدالله بن عمر بن الخطاب -رضي الله عنهما- م: **(وإن وثب من سطح فثب معه)** ش: وقد مر الكلام في قول ابن عمر هذا عن قريب .

وقوله : فثب بكسر الثاء المثلثة وسكون الباء أمر من وثب يثب ، وأصل يثب يَوْثِبُ فحذفت الواو لوقوعها بين الياء والكسرة والأمر منه : ثب على وزن عل ، لأن المحذوف منه فَاء الفعل م:

وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم . بخلاف خيار المخيرة لأنه يبطل بالإعراض . وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام : «الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء » ، فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض، ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ، ولا

(**وكذا المعتبر ما ذكرناه**) ش: أي وكذا الذي يعتبر ما ذكرناه وهو الافتراق بالأبدان م: (**في قبض رأس مال السلم**) ش: أراد أن قبض رأس المال قبل الافتراق بالأبدان في السلم شرط .

م: (**بخلاف خيار المخيرة**) ش: هذا يرتبط بقوله : لا يبطل الصرف ، يعني أن الصرف لا يبطل بذهاب العاقدين معًا وخيار المخيرة يبطل م: (**لأنه**) ش: أي لأن خيارها م: (**يبطل بالإعراض**) ش: لأن اشتغالها بالمشي وإن كان زوجها معها دليل الإعراض عما جعل إليها فيبطل خيارها وإن لم تفارق الزوج ، كذا قال القدوري في شرحه .

وعن محمد -رحمه الله- في رواية أنه جعل الصرف بمنزلة خيار المخيرة حتى قال : يبطل بما هو دليل الإعراض كالقيام عن المجلس ، كذا في «الذخيرة» .

م: (**وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ م: (**الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء**) ش: هذا الحديث رواه الأئمة الستة في كتبهم عن مالك بن أوس بن الحدثان عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ : «**الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء** » . الورق بكسر الراء الفضة .

قوله: ربا أي حرام بطريق إطلاق اسم الملزوم على اللازم مجازًا ، وذلك لأن الربا يستلزم الحرام ، . قوله هاء وهاء مقصوران وممدودان ومعنى هاء خذ ، ومنه قوله تعالى : ﴿**هاؤم اقرؤوا كتابيه**﴾ (الحاقة : الآية ١٩) .

وقال الكاكي : وفي بعض الرويات إلا يدًا بيد هاء وهاء وهو تأكيد لقوله يدًا بيد ، كأنه قال إلا يدًا مع التقابض ، كذا في «المغرب» .

قلت: ولم أقف على هذه الرواية في كتب الحديث .

م: (**فإن افترقا في الصرف قبل قبض العوضين**) ش: هذا متعلق بقوله : ولابد من قبض العوضين لبقاء العقد م: (**أو أحدهما**) ش: أي أو أحد المتعاقدين م: (**بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ، ولهذا**) ش: أي ولأن الافتراق بلا قبض مبطل م: (**لا يصح شرط الخيار فيه**) ش: أي في الصرف ، قيد بشرط الخيار لأن خيار العيب وخيار الرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود ، إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين ، وقد مر ذلك في أول كتاب الصرف م: (**ولا**

الأجل ؛ لأن بأحدهما لا يبقى القبض مستحقًا، وبالثاني يفوت القبض المستحق ، إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تقرره ، وفيه خلاف زفر . قال : ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه ، حتى لو باع ديناراً بعشرة دراهم ، ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبًا فالبيع في الثوب فاسد ؛ لأن القبض مستحق بالعقد حقًا لله تعالى وفي تجويزه فواته ، وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر - رحمه الله - ؛ لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها ، ولكنا نقول : الثمن في باب الصرف مبيع ؛ لأن البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين ،

الأجل) ش: أي ولا يصح الأجل فيه أيضًا م: **(لأن بأحدهما)** ش: وهو شرط الخيار م: **(لا يبقى القبض مستحقًا)** ش: لأن الخيار يمنع الملك م: **(وبالثاني)** ش: أي الأجل م: **(يفوت القبض المستحق)** ش: بالعقد م: **(إلا إذا أسقط الخيار في المجلس)** ش: يعني منهما إن كان الخيار لهما أو ممن له ذلك م: **(فيعود إلى الجواز)** ش: أي جواز العقد م: **(لارتفاعه قبل تقرره ، وفيه خلاف زفر)** ش: أي لارتفاع سبب الفساد قبل تقرره ، وهذا عن أصحابنا الثلاثة بالاستحسان والقياس أن لا يجوز العقد بعد وقوعه على فساد وهو قول زفر .

م: **(قال:ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه)** ش: هذا لفظ القدوري . قال الأترازي : اعلم أن أحد المتعاقدين في الصرف إذا أبرأ صاحبه مما عليه قبل القبض أو وهبه أو تصدق به عليه وقبل الآخر بطل الدين وانتقض الصرف ، وإن لم يقبل من عليه لم يبطل م: **(حتى لو باع ديناراً)** ش: إيضاح لما قبله ، يعني ولو باع شخص ديناراً لرجل آخر م: **(بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة ، حتى اشترى بها ثوبًا فالبيع في الثوب فاسد ، لأن القبض مستحق)** ش: أي واجب م: **(بالعقد حقًا لله تعالى)** ش: حتى لا يسقط بإسقاط المتعاقدين م: **(وفي تجويزه)** ش: أي وفي تجويز بيع الثوب م: **(فواته)** ش: أي فوات حق الله عز وجل .

فإن قيل: في عدم تجويزه فوات حق العبد وحق العبد مقدم على حقه تعالى .

قلنا : إنما يكون حق العبد مقدمًا بعدما ثبت حقه ، وها هنا لم يجز بيعه في الثوب فكيف يكون حقه مقدمًا ؟

م: **(وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر - رحمه الله - ؛ لأن الدراهم لا تتعين فينصرف العقد إلى مطلقها)** ش: أي مطلق الدارهم ، إذ الإطلاق والإضافة إلى بدل عقد الصرف سواء ، وإنما قال: **عن** زفر لأن الظاهر من مذهبه كمذهب أصحابنا الثلاثة م: **(ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع ؛ لأن البيع لا بد له منه)** ش: أي من المبيع م: **(ولا شيء سوى الثمنين)** ش: **فجعل** كل واحد منهما مبيعًا لعدم الأولوية يعني أن عقد الصرف بيع لأنه مبادلة مال بمال ، وهذا لو

فيجعل كل واحد منهما مبيعًا لعدم الأولوية . وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز ، وليس من ضرورة كونه مبيعًا أن يكون متعينًا كما في المسلم فيه . ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة ؛ لأن المساواة غير مشروطة فيه ، ولكن يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا ، بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربا . قال : ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي

حلف لا يبيع فصارف يحنث في يمينه ، والبيع ما يشتمل على مبيع وثمن وليس كل واحد من بدلي الصرف بأن يجعل مبيعًا أولى من الآخر م: (**فيجعل كل واحد منهما**) ش: ثمنًا من وجه م: (**مبيعًا لعدم الأولوية**) ش: من وجه ضرورة انعقاد البيع .

م: (**وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز**) ش: كما قلنا في المقايضة م: (**وليس من ضرورة كونه مبيعًا أن يكون متعينًا كما في المسلم فيه**) ش: هذاجواب عن سؤال مقدر تقديره بأن يقال : لو كان كل واحد من بدلي الصرف مبيعًا لكان متعينًا . فأجاب عنه بمنع الملازمة كما في المسلم فيه ، لأنه مبيع واجب في الذمةوليس بمتعين .

م: (**ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازفة**) ش: هذا لفظ القدوري -رحمه الله- واعلم أن بيع الذهب بالفضة أو الفضة بالذهب يجوز مجازفة سواء كانا متساويين في الوزن أو أقل أو كان أحدهما أكثر من الآخر ؛ لأن المساواة ليست بمشروطة عند اختلاف الجنسين لما روي من حديث عبادة بن الصامت -رضي الله عنه- عن النبي ﷺ قال : «**إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ، إذا كان يدًا بيد** » فلما لم تكن المساواة مشروطة لم تكن المجازفة حرامًا ، لأن حرمة المجازفة لاحتمال التفاضل وهو معنى قوله م: (**لأن المساواة غير مشروطة فيه**) ش: أي في بيع الذهب بالفضة م: (**ولكن يشترط القبض في المجلس**) ش: أي يشترط التقابض قبل الافتراق بالأبدان لهذا الحديث ، وهو معنى قوله : م: (**لما ذكرنا**) ش: أي الحديث الذي ذكره فيما مضى وفي البيوع أيضًا .

م: (**بخلاف بيعه**) ش: أي بيع الذهب م: (**بجنسه**) ش: أي بالذهب م: (**مجازفة لما فيه**) ش: أي في هذا البيع م: (**من احتمال الربا**) ش: حاصل المسألة أن بيع الذهب أو الفضة بالجنس لا يجوز إذا لم يعرف المتعاقدان وزن واحد منهما أو كانا يعرفان وزن واحد منهما ولا يعرفان وزن الآخر أو كان أحدهما يعرف الوزن دون الآخر .

وقال زفر -رحمه الله- : إذا وزنا فوجدهما سواء جاز ، سواء عرف في المجلس أو بعد التفرق ، وعندنا إذا وزنا في المجلس فكانا سواء جاز ، وإن وزنا بعد التفرق فوجدا سواء فسد.

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» م: (**ومن باع جارية قيمتها ألف مثقال فضة وفي**

عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة ، ونقد من الثمن ألف مثقال ، ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة ؛ لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منه الإتيان بالواجب ، وكذا لو اشتراهما بألفي مثقال ، ألف نسيئة وألف نقدًا فالنقد ثمن الطوق ؛ لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية ، والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما ، وكذا لو باع سيفًا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من الثمن خمسين جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة ، وإن لم يبين ذلك لما بينا ، وكذلك إن قال :خذ هذه الخمسين من ثمنهما؛ لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد ، قال الله تعالى : ﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان﴾ (الرحمن : الآية ٢٢) .

عنقها طوق فضة قيمته ألف مثقال بألفي مثقال فضة ، ونقد من الثمن ألف مثقال ، ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة ؛ لأن قبض حصة الطوق واجب في المجلس) ش: لكونه حقًا للشرع م: (لكونه بدل الصرف، والظاهر منه الإتيان بالواجب) ش: تفريغًا للذمة ، لأن من حال المسلم أن يؤدي الواجب ولا يخل به ، وهذا كما إذا ترك سجدة في صلاة صلبية وسها أيضًا ثم أتى بسجدة في السهو في آخر الصلاة وسلم فصرف إحداهما إلى الصلبية وإن لم ينوها لكون الإتيان بها على وجه الصحة . وكذا لو طاف للصدر ولم يطف للزيارة بطواف الصدر إلى طواف الزيارة ليكون الإتيان بالحج على وجه الصحة والخروج عن العهدة بيقين .

م: (وكذا لو اشتراهما) ش: أي الجارية والطوق م: (بألفي مثقال ألف نسيئة وألف نقدًا فالنقد ثمن الطوق ؛ لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية) ش: والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز ، وهو معنى قوله م: (والمباشرة على وجه الجواز هو الظاهر منهما) ش: أي من المتعاقدين م: (وكذا) ش: أي وكذا الحكم م: (لو باع سيفًا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ، ودفع من الثمن خمسين جاز البيع ، وكان المقبوض حصة الفضة ، وإن لم يبين ذلك لما بينا) ش: من قولنا : إن الظاهر منه الإتيان بالواجب .

م: (وكذلك) ش: أي الحكم م: (إن قال : خذ هذه الخمسين من ثمنهما) ش: أي من ثمن الجارية ومن ثمن الطوق ، لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن وقد أمكن هنا م: (لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد) ش: مجازًا عند قيام الدليل ، وقد قام الدليل لأن ثمن الطوق واجب في المجلس ونظر المصنف لذلك بقوله م: (قال الله تعالى:﴿يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان ﴾ (الرحمن : الآية٢٢)) ش: أي من البحرين العذب والملح ، والمراد أحدهما ، إذ اللؤلؤ والمرجان يخرجان من الملح دون العذب لما أن العذب والملح يلتقيان فيكون العذب كالعاج للملح ، كما يقال الولد من الذكر والأنثى مع أن الولد تلده الأنثى ، كذا في «التيسير» .

والمراد أحدهما فيحمل عليه بظاهر حاله ، فإن لم يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية ؛ لأنه صرف فيها ، وكذا في السيف ، إن كان لا يتخلص إلا بضرر ؛ لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر، ولهذا لا يجوز إفراده بالبيع كالجذع في السقف . وإن كان يتخلص السيف بغير ضرر جاز البيع في

م: (**والمراد أحدهما**) ش: أي أحد البحرين وهو البحر الملح م: (**فيحمل عليه**) ش: أى قوله خذ هذه الخمسين من ثمنيهما على أحدهما ، وهو الطوق م: (**بظاهر حاله**) ش: أي حال المسلم أنه لا يباشر إلا على وجه الجواز .

م: (**فإن لم يتقابضا حتى افترقا**) ش: بالأبدان م: (**بطل العقد في الحلية ؛ لأنه صرف فيها**) ش: أي في العقد وقد فات شرطه م: (**وكذا في السيف**) ش: أي وكذا بطل العقد في السيف أيضًا م: (**إن كان لا يتخلص**) ش: أي الحلية م: (**إلا بضرر ؛ لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر**) ش: كما لا يجب تسليم الجوهر على الغاصب إذا ركبه في حلية ولا يمكن تخليصه إلا بضرر فيلحق بالغصب مع أنه جاز .

فإن قيل : ينبغي أن يجعل الحلية تبعًا للسيف .

قلنا: إنما يجعل الشيء تبعًا لغيره إذا كان مكيلاً للمعنى المقصود ، وها هنا المقصود من السيف .

فإن قيل : إن البائع رضي بضرر التخليص حيث باعه مركبًا مع علمه أن البيع يقتضي الرضا ولم يوجد من الغاصب رضا ضرر التخليص .

قلنا: لا نسلم أنه رضي به لأنه باع كليهما وظنه وجوب التسليم بالسيف لا بطريق الانفراد .

فإن قيل: فيه تفريق الصفقة فينبغي أن لا يجوز في الكل .

قلنا: التفريق إنما يكون بعد العقد والعقد لم ينعقد في الحلية لفقد شرط الجواز .

فإن قيل: ليس كذلك فإن العقد موجود فيهما بدليل قوله : **وبطل العقد**.

قيل: اختلف المشايخ فيه على أن التفريق إنما يكون أن لو كان هذا مضافًا إلى العاقد كما في النظائر ولم يوجد ، إذ المراد بالبطلان عدم الانعقاد .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل عدم إمكان تسليمه إلا بضرر م: (**لا يجوز إفراده**) ش: أي إفراد السيف م: (**بالبيع كالجذع في السقف**) ش: أي كما لا يجوز إفراد بيع الجذع في السقف لعدم إمكان تسليمه إلا بضرر ظاهر م: (**وإن كان يتخلص السيف**) ش: أي في الحلية م: (**بغير ضرر جاز البيع في**

السيف وبطل في الحلية ؛ لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية ، وهذا إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه ، فإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدري لا يجوز البيع للربا أو لا حتماله ، وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت . قال : ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض ، وكان الإناء مشتركاً بينهما ؛ لأنه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد ، والفساد طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع . ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار ، إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده ؛ لأن

السيف وبطل في الحلية ؛ لأنه أمكن إفراده بالبيع فصار كالطوق والجارية) ش: أي فصار حكمه حكم بيع الجارية التي في عنقها طوق فضة وقد مر بيانه م: **(وهذا)** ش: أي جواز البيع في السيف وبطلانه في الحلية فيما م: **(إذا كانت الفضة المفردة أزيد مما فيه)** ش: أى في السيف ، أي من فضة الحلية التي في السيف ، وهي الفضة المضمومة إلى السيف ، لأنه حينئذ تكره الفضة بالفضة والباقي بمقابلة الفصل والحفر والحمائل ، ولكن بطلانه في الحلية لفوات شرط جواز العقد وهو التقابض قبل الافتراق .

م: **(فإن كانت)** ش: أي الفضة المفردة م: **(مثله)** ش: أي مثل ما في السيف م: **(أو أقل منه)** ش: أي أقل ما في السيف من الفضة م: **(أو لا يدري)** ش: أقل أو أكثر أو مثله م: **(لا يجوز البيع للربا)** ش: لأنه في صورة العقد م: **(أو لاحتماله)** ش: أي أو لاحتمال الربا على الصورة التي لا يدري م: **(وجهة الصحة من وجه ، وجهة الفساد من وجهين)** ش: المساواة والنقصان م: **(فترجحت)** ش: أي جهة الفساد . واعترض بأن كل جهة منهما علة للفساد فلا يصلح للتصحيح ، وأجاب شمس الأئمة الكردي -رحمه الله- بأن مراده إذا كان أحدهما يكفي للحكم ، فماظنك بهما إلا بالترجيح الحقيقي إذ لا تعارض بين المفسد والمصحح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(ومن باع إناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض ، وصح فيما قبض ، وكان الإناء مشتركًا بينهما ؛ لأنه)** ش: أي لأن هذا العقد م: **(صرف كله فصح فيما وجد شرطه)** ش: أي شرط الصرف م: **(وبطل)** ش: أي العقد م: **(فيما لم يوجد)** ش: أي الشرط وهو التقابض م: **(والفساد طارئ)** ش: أي عارض ، لأن العقد انعقد صحيحًا ثم فسد لعدم القبض و هو معنى قوله م: **(لأنه)** ش: أي لأن العقد م: **(يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع)** ش: أي الفساد ، كما إذا باع عبدين ومات أحدهما قبل القبض ، فإن البيع يبقى في الباقي ويبطل في الهالك ولا يثبت الخيار للمشتري بفعله وهو عدم النقد في بدل الصرف .

م: **(ولو استحق بعض الإناء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده ، لأن**

الشركة عيب في الإناء . ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصته ولا خيار له؛ لأنه لا يضره التبعيض . قال : ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه . وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- : لا يجوز ، وعلى هذا الخلاف إذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة . لهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه ؛ لأنه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين . والتعيين لا يجوز ، وإن كان فيه تصحيح التصرف ، كما إذا اشترى قلباً

الشركة عيب في الإناء) ش: لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب لأنها تنقبض بالتبعيض، والإناء ينقبض بالتبعيض ، بخلاف مامر ، لأن الشركة فيه وقعت بصنعه .

وقال زفر والشافعي - رحمهما الله- : لا يجوز وهو القياس وهو قول أحمد أيضًا م: **(ومن باع قطعة نقرة)** ش: وهي قطعة فضة مذابة كذا في «تهذيب الديوان » . قال الأترازي -رحمه الله- : فعلى هذا تكون الإضافة في قوله قطعة نقرة من قبيل إضافة الجنس إلى النوع م: **(ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصته ولا خيار له ؛ لأنه لا يضره التبعيض)** ش: بخلاف الإناء فإذا لم يكن عيبًا لم يثبت الخيار لأن الخيار لا يثبت بلا سبب .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(ومن باع درهمين وديناراً بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس منهما بخلافه)** ش: تصحيحًا للعقد ، وكذا على هذا إذا باع كرحنطة وكر شعير بكري حنطة وكري شعير ، أو باع السيف المحلى بفضة بسيف محلى بفضة ولا يعلم حكمهما يصح البيع عندنا م: **(وقال زفر والشافعي -رحمهما الله- : لا يجوز)** ش: وبه قال أحمد-رحمه الله- م: **(وعلى هذا الخلاف)** ش: أي الخلاف المذكور بيننا وبين الشافعي وزفر م **(إذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة)** ش: يصح البيع عندنا خلافًا م: **(لهما)** ش: أي لزفر والشافعي .

م: **(أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه)** ش: أي تصرف البائع م: **(لأنه قابل ا[illegible] بالجملة ، ومن قضيته)** ش: أي ومن قضية التقابل م: **(الانقسام على الشيوع لا على التعيين)** ش: ومعنى الشيوع هو أن يكون الكل واحد من البدلين حظ من جملةالآخر م: **(والتغيير لا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف)** ش: لأنه يعتبر المقابلة غير الأولى ، ويكون التصرف تصرفًا آخر .

والواجب تصحيح تصرف العاقل على الوجه الذي باشره وقصده لا على خلاف ذلك والعاقد إن قصد المقابلة المطلقة لا مقابلة الجنس إلى خلاف الجنس ، وهي إنشاء تصرف آخر وفسخ التصرف الأول .

م: **(كما إذا اشترى قلبًا)** ش: بضم القاف وسكون اللام وبالباء الموحدة وهو السوار ذكر هذه

بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مرابحة لايجوز ، وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب . وكذا إذا اشترى عبداً بألف درهم ، ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بألف ، وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه ، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره ، وقال : بعتك أحدهما لا يجوز ، وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده ، وكذا إذا باع درهمًا وثوباً بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ، ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا . ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وأنه طريق متعين لتصحيحه فتحمل عليه تصحيحاً لتصرفه .

المسألة دليلاً على صحة وقوع المسألة المذكورة ، صورتها إذا اشترى قلبًا م: **(بعشرة)** ش: يعني سوارًا وزنه عشرة دارهم م: **(وثوبًا بعشرة)** ش: أي ثوبًا قيمة عشرة دراهم بعشرة دراهم م: **(ثم باعهما مرابحة)** ش: يعني بعشرين درهمًا م: **(لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب)** ش: خاصة تصحيحًا لتصرفه م: **(وكذا)** ش: أي نظيرها م: **(إذا اشترى عبدًا بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يجوز)** ش: أي العقد م: **(في المشترى)** ش: بفتح الراء م: **(بألف)** ش: درهم لأنه شراء ما باع بأقل مما باع ، وهذا لا يجوز عندهم أيضًا م: **(وإن أمكن تصحيحه)** ش: أي تصحيح العقد م: **(بصرف الألف إليه)** ش: أي إلى المشترى والباقي إلى العبد الآخر .

م: **(وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال : بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده)** ش: أي نظيرها م: **(وكذا إذا باع درهمًا وثوبًا بدرهم وثوب ، وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ، ولا يصرف الدرهم إلى الثوب)** ش: وإن أمكن تصحيح التصرف يصرف الجنس إلى خلاف الجنس م: **(لما ذكرنا)** ش: أشار به إلى قوله : ومن قضية الانقسام على الشيوع لا على التعيين .

م: **(ولنا أن المقابلة المطلقة)** ش: يعني المقابلة التي ذكراها مطلقة م: **(تحتمل مقابلة الفرد بالفرد)** ش: قال تاج الشريعة : يعني يحتمل أن يقابل أحد الجنسين بالجنس الآخر بأن يقابل الدرهمان بالدينارين ، والدينار بالدرهم م: **(كما في مقابلة الجنس بالجنس)** ش: بأن باع دينارين بدينارين يكون الفرد بمقابلة الفرد بالاتفاق ، ألا ترى أنه لو قبض كل واحد منهما دينارًا لجاز العقد ، ولو كان مقابلاً بالآخر يكون العقد فاسدًا ، لأن المقبوض حينئذ يكون مقابلاً بالمقبوض وغير المقبوض م: **(وأنه)** ش: أي وإن مقابلة الفرد على تأويل التقابل م: **(طريق متعين لتصحيحه)** ش: أي لتصحيح العقد بأن يكون الواحد بالواحد والاثنان بالاثنين فيلزم منه صرف شيء إلى خلاف جنسه فيصح العقد م: **(فتحمل عليه تصحيحًا لتصرفه)** ش: أي على مقابلة الفرد بالفرد على تأويل التقابل إذ تصحيح كلام العاقد تقتضيه ديانته وعقله واجب ما أمكن .

وفيه تغيير وصفه لا أصله ؛ لأنه يبقى موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل ، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحاً لتصرفه . بخلاف ما عد من المسائل . أما مسألة المرابحة لأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب ، والطريق في المسألة الثانية غير متعين ؛ لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري. وفي الثالثة : أضيف البيع إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده .

م: **(وفيه)** ش: أي فيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد م: **(تغيير وصفه)** ش: أي وصف العقد وهو بطلان صفة الشيوع م: **(لا أصله)** ش: أي لا تغيير أصل العقد كما قاله خصم لأن تغيير أصل العقد الصحيح يوجب الملك قبل القبض .

فلو قلنا : بانقسام على طريق الشيوع كما قاله الخصم يفسد العقد ولا يثبت الكل قبل القبض فيلزم تغيير أصل العقد لرعاية وصف العقد ، فكان ما قلنا أهون التغييرين ، فكان أولى م: **(لأنه)** ش: أي لأن تغيير الوصف لا الأصل م: **(يبقي موجبه الأصلي)** ش: ويبقى من الإبقاء وموجبه منصوب به ، والأصلي بالنصب صفته م: **(وهو)** ش: أي الموجب الأصلي م: **(ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل)** ش: الكل الأول هو الدرهمان والدينار ، والكل الثاني هو الدرهم والديناران .

م: **(وصار هذا)** ش: أي صار حكم هذا م: **(كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف)** ش: أي بيعه م: **(إلى نصيبه تصحيحًا لتصرفه)** ش: أراد أن العقد يصرف إلى نصف البائع لا إلى النصف الشائع بين النصيبين م: **(بخلاف ما عد من المسائل . أما مسألة المرابحة)** ش: هذا شروع في الجواب عن المسائل المشتبهة بها ، فقوله : خلاف مسألة المرابحة جواب عن المسألة الأولى وهو بنظيرها بمسألة المرابحة المذكورة على المسألة الخلافية ، أراد أن مسألة المرابحة ليست كذلك م: **(لأنه)** ش: أي لأن عقد المرابحة م: **(يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب)** ش: فإن الربح لو صرف إلى الثوب خاصة كان بائعًا للقلب الذي وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم ، وهو تولية في القلب ، والتولية ضد المرابحة ، والشيء لا يتناول ضده .

م: **(والطريق في المسألة الثانية غير متعين)** ش: لأنه متعدد فيبقى الثمن مجهولاً فيفسد العقد م: **(لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري)** ش: وهذا لأنا لو صرفنا خمسمائة أو أقل من ذلك بدرهم أو درهمين أو ثلاثة ونحو ذلك إلى العبد الآخر لا يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، بخلاف مانحن فيه ، فإن طريق التصحيح متعين وهو صرف الجنس إلى خلاف الجنس .

م: **(وفي الثالثة)** ش: أي وفي المسألة الثالثة م: **(أضيف البيع إلى المنكر)** ش: وهو قوله : وكذا إذا اشترى عبدًا م: **(وهو ليس بمحل للبيع)** ش: أي المنكر لجهالته م: **(والمعين ضده)** ش: أي المنكر

وفي الأخيرة : انعقد العقد صحيحاً والفساد في حالة البقاء ، وكلامنا في الابتداء . قال : ومن باع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم ؛ لأن شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا ، فالظاهر أنه أراد به ذلك ، فبقي الدرهم بالدينار ، وهما جنسان ، ولا يعتبر التساوي فيهما . ولو تبايعا فضة بفضة ، أو ذهباً بذهب ، وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر يبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية ، وإن لم تبلغ فمع الكراهية ،

والشيء لا يتناول ضده ، ويشكل عليه مسألة عبدي أو حماري حر ، فإن عند أبي حنيفة يعتق العبد لاستعارة المنكر المعرفة .

م: **(وفي الأخيرة)** ش: أى في المسألة الأخيرة وهي ما إذا باع درهمًا أو ثوبًا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض م: **(انعقد العقد صحيحًا)** ش: سواء كان الجنس مقابلاً بالجنس أو بخلافه م: **(والفساد في حالة البقاء)** ش: يعني الفساد وقع في حالة البقاء بالافتراق من غير قبض م: **(وكلامنا في الابتداء)** ش: يعني الذي نحن فيه لا يصح العقد فيه ابتداء بدون صرف الجنس إلى خلاف الجنس فافترقا .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: **(ومن باع أحد عشر درهمًا بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ، ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم ؛ لأن شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا)** ش: من الحديث المشهور م: **(فالظاهر أنه أراد به)** ش: أي بالبيع م: **(ذلك)** ش: أي التماثل م: **(فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوي فيهما)** ش: لاختلاف الجنسين ، وإنما جوزنا على هذا الوجه حملاً لأمور المسلمين على الصلاح ، ولأن كل عين جاز بيعها بجنسها جاز بغير جنسها كالثياب .

م: **(ولو تبايعا فضة بفضة)** ش: ذكر هذه المسألة تفريعًا وليست مذكورة في «الجامع الصغير» ولا في القدوري م: **(أو ذهبًا بذهب وأحدهما أقل ومع أقلهما شيء آخر)** ش: أي والحال أن مع أقل الوزنين منهما شيء آخر من خلاف جنسه م: **(يبلغ قيمته)** ش: أي قيمة ذلك الشئ م: **(باقي الفضة جاز البيع من غير كراهية ، وإن لم يبلغ فمع الكراهية)** ش: أي يجوز مع الكراهية .

وذكر هذه المسألة في «الإيضاح» على الخلاف فقال : روي عن محمد -رحمه الله- أنه إذا باع الدراهم بالدراهم وفي أحدهما فضل من حيث الوزن وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلوس قال : هو جائز في الحكم ولكني أكرهه حتى روي عن محمد -رحمه الله - أنه قيل له : كيف تجد ذلك في قلبك ، قال: مثل الجبل .

وقال أبو حنيفة -رحمه الله - : لا بأس به لأنه أمكن تصحيحه بأن يجعل الجنس بالجنس

وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربا ، إذ الزيادة لا يقابلهما عوض فيكون ربا . ومن كان له على آخر عشرة دراهم ، فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز . ومعنى المسألة إذا باع بعشرة مطلقة . ووجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض لماذكرنا ، والدين ليس بهذه الصفة فلايقع بالمقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة ، فإذا تقاصا تضمن ذلك فسخ الأول والإضافة إلى الدين ،

والزيادة بإزاء الفلوس .

م: **(وإن لم يكن له قيمة)** ش: أي وإن لم يكن للشيء الآخر قيمة م: **(كالتراب)** ش: ونحوه م: **(لا يجوز البيع لتحقق الربا ، إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا . ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة ديناراً بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز)** ش: هذه من مسائل الجامع الصغير ، وهذه المسألة على وجهين : أما إن باع الدينار بالعشرة التي عليه، أو باعه بعشرة مطلقة وقبض الدينار وجعل ثمن الدينار قصاصًا بالعشرة . فالأول: جائز بلا خلاف والثاني: جائز استحسانًا ، والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي وأحمد - رحمهم الله .

م: **(ومعنى المسألة)** ش: هذا من كلام المصنف -رحمه الله- أي معنى المسألة المذكورة م: **(إذا باع بعشرة مطلقة)** ش: يعني لم يقيده بالعشرة التي عليه ، لأنه لو أضاف العقد إلى العشرة التي عليه يجوز البيع بلا خلاف ، وفي المطلقة يجوز عندنا استحسانًا ، وعند زفر -رحمه الله- لا يجوز قياسًا ، وجه القياس أن هذا استبدال ببدل الصرف فلا يجوز كما لو أخذ ببدل الصرف عرضًا أو دينارًا ، أشار إلى وجه الاستحسان بقوله م: **(ووجهه)** ش: أي وجه الجواز الذي هو استحسان م: **(أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب عليه تعيينه بالقبض)** ش: لأن العقد لما أطلق وجب به ثمن يجب تعيينه بالقبض كيلا يلزم الربا م: **(لما ذكرنا ، والدين ليس بهذه الصفة)** ش: إشارة إلى قوله : ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق م: **(فلا يقع بالمقاصة بنفس البيع)** ش: لأن الدين لا يصلح وفاء لذلك فلم يكن قصاصًا م: **(لعدم المجانسة)** ش: من العين والدين .

م: **(فإذا تقاصا)** ش: يعني بالتراضي جاز ذلك عندنا لأنه م: **(تضمن ذلك فسخ الأول)** ش: أي الصرف الأول وهو الصرف المطلق وهو بيع الدينار بعشرة مطلقة م: **(والإضافة)** ش: أي وتضمن ذلك أيضًا إضافة العقد م: **(إلى الدين)** ش: وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين، فصار كأنه قال : اشتريت هذا الدينار منك بالعشرة التي لك علي وقبل الآخر يعني عند اتفاقهما على المقاصة يجعل كأنهما فسخا الأول ثم جددا العقد مضافًا إلى ذلك الدين لأنهما قصدا تصحيح هذه المقاصة ولا طريق له سوى هذا ، ولهذا شرطنا تراضيهما على المقاصة ها هنا ، وإن كان في

إذ لولا ذلك يكون استبدالاً ببدل الصرف . وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبينه . والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء ، كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة . وزفر- رحمه الله- يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء ، وهذا

سائر الديون تقع المقاصة بدون التراضي م: (**إذ لولا ذلك**) ش: يعني لولا تحويل العقد إلى صرف آخر وهو بيع الدينار بالعشرة التي هي دين م: (**يكون استبدالاً ببدل الصرف**) ش: قبل القبض وهو لا يجوز.

م: (**وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد**) ش: هذا في الحقيقة جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال : المقاصة إنما تصح إذا كان وجوب بدل الصرف قائمًا ، فإذا بطل عقد الصرف بالفسخ كيف توجد المقاصة ، لأن الفائت بالاقتضاء يجب أن يثبت على وجه لا يبطل به المقتضى ، فإذا ثبت الفسخ المقتضي بطل المقتضي وهو المقاصة ، لأن المقتضي قيام العشرة الثابت بالعقد وقد فات بالفسخ .

وتحرير الجواب أن يقال : إضافة أي بإضافة العقد ابتداء إلى الدين أي العشرة التي عليه تقع المقاصة بنفس العقد ، وإنما تبطل المقاصة عند فسخ الأول إذا لم يتجدد عقد جديد ، وها هنا جدد العقد فصح المقاصة به .

فإن قيل: لو فسخ الصرف ضمنًا ينبغي أن يشترط القبض ، لأن الإقالة بيع في حق الثالث.

قلنا: صارت الإقالة ها هنا في ضمن المقاصة فجاز أن لا يثبت حكم البيع لمثل هذه الإقالة بل يثبت حكم البيع إذا كانت الإقالة قصداً م: (**على ما نبينه**) ش: إشارة إلى قوله : فكفى ذلك للجواز أي الإضافة إلى الدين كاف للجواز لأنه دين يسقط لا خطر فيه .

م: (**والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء**) ش: هذا جواب أيضًا عما يقال : إن العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الإقالة ، لأن للإقالة حكم الصرف . وتقرير الجواب : أن الفسخ ضمني يثبت في ضمن المقاصة بطريق الاقتضاء ، فجاز أن لا يثبت بعد هذا حكم البيع م: (**كما إذا تبايعا بألف**) ش: يعني عقدا بألف درهم م: (**ثم بألف وخمسمائة**) ش: أي ثم تبايعا ، فإن العقد الأول ينفسخ ضرورة بثبوت الثاني .

م: (**وزفر -رحمه الله- يخالفنا فيه**) ش: أي فيما ذكرنا من الحكم المذكور م: (**لأنه**) ش: أي لأن زفر م: (**لا يقول بالاقتضاء**) ش: وخالفنا فيه كما خالف في قوله : أعتق عبدك أعني بألف درهم.

فإن قيل: يشكل عليه الشراء بأن قال : إن شريتك فإن الملك يثبت عنده فيه بطريق الاقتضاء .
قلنا : لا نسلم أنه يثبت بطريق الاقتضاء بل يثبت بطريق الدلالة م: (**وهذا**) ش: أي ما ذكرنا من

إذا كـان ا لدين سـابقـاً ، فإن كـان لاحـقـاً فكذلك في أصح الروايتين لـتضـمنه انفسـاخ الأول والإضافة إلى دين قـائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز . قال : ويجـوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلتين بدرهمـين صحـيـحين ودرهم غلة ، والغلة مـا يرده بيت المال ويأخـذه ، التجـار ووجهه تحقيق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة .

التقاص والفسخ والإضافة إلى الدين م: **(إذا كان الدين سابقًا)** ش: أي على العقد م: **(فإن كان)** ش: أي الدين م: **(لاحقًا)** ش: بأن اشترى دينارًا بعشرة دراهم وقبض الدينـار ، ثم إن مشتري الدينار باع ثوبًا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أرادا أن يتقاصا م: **(فكذلك)** ش: تقع المقاصة م: **(في أصح الروايـتين)** ش: وهي رواية أبي حـفص سليـمـان ، وهي التي اختـارها فـخـر الإسـلام ، والمصنف-رحمه الله .

وفي رواية أبي حفص : لا تقع المقاصة وهي التي اختارها شمس الأئمة وقاضي خان ، لأن الدين لاحق والنبي ﷺ جوز المقاصة في دين سابق ؛ لحديث ابن عمر -رضي الله عنهما- فإنه روي أنه قـال لرسـول الله ﷺ : «إني أكـري إبلاً بالـبقـيع إلى مكة بالدراهـم وآخـذ مكانهـا دنانير أو قال بالعكس ، فقال ﷺ «**لا بأس بذلك إذا افترقتما وليس بينكما عمل** » .

وأشـار المصنف -رحـمـه الله - إلى وجـه الأصح بقـوله م: **(لتضمنـه انفساخ الأول)** ش: أي لتضـمن التقـاصص انفسـاخ الصرف الأول وإن شاء صرف آخر ، لأنـهما لما تقاصا صار كأنهما جددا عقداً آخر جديداً ، فكان الدين سابقًا على المقاصة ، وهو معنى قوله : م: **(والإضافة)** ش: أي إضافة عقد الصرف م: **(إلى دين قائم)** ش: أي ثابت م: **(وقت تحويل العقد)** ش: فيكون الدين حينئذ سابقًا على المقاصة م: **(فكفى ذلك للجـواز)** ش: أي الإضـافـة إلى الدين كـان للجـواز ، لأنه دين يسقط لاخطر فيه .

م: **(قال)** ش: أي القـدوري -رحـمـه الله- : م: **(ويجـوز بيع درهم صـحـيح ودرهمين غلتين بدرهمين صحيحين ودرهم غلة)** ش: بفتح الغين المعجمة وتشديد اللام ، قال في «المغرب» : الغلة من الدراهم المقطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أو حتة . ونقله المطرزي هكذا عن أبي يوسف في رسالته . وفي بعض الحواشي : دراهم غلة أي منكسرة .

وفي « زاد الفـقـهـاء» الغلة من الغلول وهي الخـيـانة ، يقـال غل وأغل أي خـان ، وقـال المصنف : م: **(والغلة مـا يرده بيت المال ويأخـذه التـجـار)** ش: أي يردها بيت المال لكـونهـا قطعًـا لا لزيافتها . وعند الشافعي -رحمه الله- لا يجوز هذا البيع .

م: **(ووجهه)** ش: أي وجه جواز هذا البيع م: **(تحقيق المساواة في الوزن)** ش: لأن المساواة هي شرط الجواز ، فإذا وجدت فلا مانع أصلاً م: **(وما عرف مـن سقوط اعتـبار الجودة)** ش: هذاعطف

قال : وإذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي فضة ، وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ، ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساوياً في الوزن ، وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلاوزناً ؛ لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش . وقد يكون الغش خلقياً كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرداءة والجيد والرديء سواء . وإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتباراً للغالب ،

على قوله : تحقيق المساواة بقوله عليه السلام : جيدها ورديئها سواء .

م: (قال) ش: أي القدوري -رحمه الله- : م: (**وإذا كان الغالب على الدارهم الفضة**) ش: بالنصب لأنه خبر كان م: (**فهي فضة**) ش: أي حكمها حكم الدراهم الأصل أن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة ، فالأول كما في الرديء ، والثاني ما يخلط للانطباع فإنها بدونه تتفتت ، فإذا كان كذلك يعتبر الغالب ، لأن المغلوب في مقابلة الغالب كالمستهلك م: (**وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ، ويعتبر فيهما**) ش: وفي بعض النسخ ويعتبر فيها ، وعلى التقديرين الضمير يرجع إلى الدراهم والدنانير م: (**من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد، حتى لا يجوز بيع الخالصة بها**) ش: أي بالمغشوشة م: (**ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويًا في الوزن**) ش: .

وقال الشافعي -رحمه الله- : لا يجوز بيع الخالصة منها بالدراهم المغشوشة بعضها ببعض سواء كان الغش غالبًا أو النقرة ، ويجوز أن يشتري بها سلعة في أظهر الوجهين ، كذا في «الحلية» .

م: (**وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزنًا**) ش: أي إلا متساويًا في الوزن . وقال الكاكي -رحمه الله- : إلا وزنًا أي لا عددًا كما في الفلوس م: (**لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة ، لأنها لا تنطبع إلا مع الغش**) ش: لأنا قد ذكرنا الآن أنها بدون بعض الغش تتفتت ولا يجتمع بعضها ببعض م: (**وقد يكون الغش خلقيًا**) ش: أي من حيث الخلقة وذلك م: (**كما في الرديء منه**) ش: أي من كل واحد من الذهب والفضة م: (**فيلحق القليل بالرداءة**) ش: أي يلحق القليل من الغش بالرداءة الفطرية والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش م: (**والجيد والرديء سواء**) ش: بالنص .

م: (**فإن كان الغالب عليهما الغش فليسا في حكم الدراهم والدنانير اعتبارًا للغالب**) ش: هذا أيضًا لفظ القدوري ، غير أن قوله اعتبارًا للغالب من كلام المصنف . وقال الأقطع : المراد به إذا كانت الفضة لا تتخلص من الغش لأنها صارت مستهلكة فلا اعتبار بها ، فأما إذا كانت تتخلص من الغش فليست مستهلكة ، فإذا بيعت بفضة خالصة فهي كبيع نحاس بنحاس وفضة بفضة ،

فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف . وإن بيعت بجنسها متفاضلاً جاز صرفاً للجنس إلى خلاف الجنس ، وهي في حكم شيئين فضة وصفر ، ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر ؛ لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر. قال ومشايخنا -رحمهم الله تعالى - لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لأنها أعز الأموال في ديارنا ، فلو أبيح التفاضل فيه ينفتح باب الربا .

فيجوز على هذا الاعتبار م: (**فإن اشترى بها**) ش: أي بالمغشوشة م: (**فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف**) ش: يعني إن كانت الفضة الخالصة مثل تلك الفضة التي في الدراهم المغشوشة أو أقل ، أو لا يدري لا يصح . وإن كانت أكثر يصح م: (**وإن بيعت**) ش: أي الدارهم المغشوشة م: (**بجنسها**) ش: أي بالدراهم المغشوشة م: (**متفاضلاً**) ش: أي بيعاً متفاضلاً م: (**جاز**) ش: أي البيع م: (**صرفاً**) ش: أي من حيث الصرف م: (**للجنس إلى خلاف الجنس**) ش: تحرزاً عن الربا م: (**وهي**) ش: أي الدراهم المغشوشة التي بيعت بالدراهم المغشوشة م: (**في حكم شيئين فضة وصفر**) ش:وبيع الفضة بالصفر أو العكس متفاضلاً يجوز فكذلك بيع الدراهم المغشوشة بالمغشوشة بطريق صرف الجنس إلى خلاف الجنس م: (**ولكنه صرف**) ش: هذا جواب إشكال ، وهو أن يقال : ينبغي أن لا يشترط القبض في هذه الصورة ، لأنه لما صرف الجنس إلى خلاف الجنس ، أي الفضة إلى الصفر لم يبق صرفاً ، فكيف يشترط التقابض . فأجاب بقوله : ولكنه صرف ، تقريره أن هذا البيع صرف م: (**حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين**) ش: أي من جانب الثمن ، لأن الأصل في المقابلة المطلقة الشيوع م: (**وإذا شرط القبض في الفضة يشترط في الصفر ؛ لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر**) ش: لأن صرف الجنس إلى خلاف جنسه كان لضرورة تصحيح التصرف فيما وراءه يكون العقد عقد صرف ، فيشترط القبض فيه .

م: (**قال**) ش: أي المصنف رحمه الله : م: (**ومشايخنا**) ش: يريد به علماء ما وراء النهر فدعى لهم بقوله م: (**رحمهم الله تعالى ، لم يفتوا بجواز ذلك**) ش: أي بجواز التفاضل م: (**في العدالي**) ش: بفتح العين المهملة وتخفيف الدال المهملة وباللام المكسورة ، أي الدراهم المنسوبة إلى العدالي وكأنه اسم ملك نسب إليه درهم فيه غش (**والغطارفة**) أي الدراهم الغطرفية وهي المنسوبة إلى غطريف بكسر الغين المعجمة وسكون الطاء وكسر الراء بعدها الياء آخر الحروف الساكنة ، وفي آخره فاء وهو ابن عطاء الكندي أمير خراسان أيام هارون الرشيد . وقيل هو خال الرشيد م: (**لأنها**) ش: أي لأن العدالي والغطارفة م: (**أعز الأموال في ديارنا**) ش: أي في بخارى وسمرقند م: (**فلو أبيح التفاضل فيه**) ش: أي في المذكور من العدالي والغطارفة م: (**ينفتح باب الربا**) ش: ويندرجون إلى الذهب والفضة بالقياس على ذلك .

ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبـايع والاستقراض فيهما بالوزن، وإن كانت تـروج بالعد فبالعد ، وإن كانت تروج بهما فبكل واحد منهما ؛ لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص . ثم هي مـا دامت تروج تكـون أثمانـاً فلا تتعين بالتـعـيين . وإذا كـانت لا تروج فـهي سلعـة تتـعين بالتـعيين، وإذا كـانت يتقـبلها البـعض دون البعض فـهي كالزيوف لا يتـعلق العقـد بعينهـا ، بل بجنسها زيوفاً إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه ، وبجنسها من الجياد . إن كان لا يعلم لعدم الرضـا منه . وإذا اشتـرى بها سلعـة فكسدت وترك الناس المعـاملة بها بطل البـيع عند أبي حنيفة -رحمه الله .

م: (**ثم إن كانت**) ش: أي الدراهم والدنانير التي غلب الغش عليها والدنانير التي كذلك م: (**تروج بالوزن فالتبايع والاستقراض فيهما**) ش: أي في الدراهم والدنانير التي غلب الغش عليهما م: (**بالوزن ، وإن كانت تروج بالعد فبالعد**) ش: أي يعتبران بالعدد م: (**وإن كانت تروج بهما**) ش: أي بالوزن وبالعد (**فبكل واحد منهما**) أي فيعتبر بكل واحد منهما م: (**لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن فيهما نص**) ش: قال الأكمل : حيث لم يكن منصوصاً عليهما ، فهذا التفسير يدل على أن قوله : إذا لم يكن ليس هكذا ، بل إذ لم يكن بدون الألف بعد الذال ولكن غـالب النسخ إذا بالألف بعد الذال ، والذي يظهر لي أن الصواب مع الأكمل .

م: (**ثم هـي**) ش: أي الدراهم المغشوشة والدنانير المغشوشة م: (**مـا دامت تروج**) ش: فيقبلها الناس م: (**تكون أثمـاناً**) ش: يعني يكون حكمهـا حكم الأثمـان م: (**فلا تتعين بـالتعيين**) ش: فإن هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثلها .

م: (**وإذا كـانت لا تروج فـهي سلعـة**) ش: أي حكمـهـا حكـم السلعـة م: (**تتعين بالتـعيين**) ش: كالرصاص والستوقة م: (**وإذا كانت يتـقبلهـا البعض**) ش: أي بـعض الـناس م: (**دون البعـض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها**) ش: حال كونها م: (**زيوفًا إن كان البـائع يعلم بحالها**) ش: أي بحال الدراهم والدنانير المغشوشة م: (**لتحقق الرضا منه**) ش: أي من البـائع م: (**وبجنسها**) ش: أي ويتعلق العقد بجنسها م: (**من الجياد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه**) ش: أي بالزيوف .

م: (**وإذا اشـترى بهـا**) ش: أي بالدراهـم التي غـشـهـا غـالب م: (**سلعـة فكسـدت وترك الناس المعاملة بهـا بطل البيع عند أبي حنيفة -رحـمه الله-**) ش: وتفسير الكساد مذكور في البيوع أنهـا لا تروج في جميع البلدان ، هذا على قول محمد ، أما عندهما الكساد في بلد يكفي لفساد البيع في تلك البلدة .

وفي «العيـون» إن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جمـيع البلدان ، لأنه حـينئذ يصـير هالكًا ويبقى البيع بلا ثمـن ، فأما إذا كـان لا يروج في هذه البلدة ويروج في

وقال أبو يوسف -رحمة الله عليه -: قيمتها يوم البيع . وقال محمد -رحمه الله- : قيمتها آخر ما تعامل الناس بها . لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد ، كما إذا اشترى بالرطب فانقطع . وإذا بقي العقد وجبت القيمة ، ولكن عند أبي يوسف وقت البيع لأنه مضمون به . وعند محمد يوم الانقطاع لأنه أوان الانتقال إلى القيمة . ولأبي حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح

غيرها لا يفسد البيع ، لأنه لم يهلك ولكنه تعييب ، فكان للبائع الخيار إن شاء قال: أعط مثل النقد الذي وقع عليه العقد ، وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنانير .

م: (**وقال أبو يوسف -رحمة الله عليه - : قيمتها يوم البيع**) ش: لأنها كانت مضمونة م: (**وقال محمد -رحمه الله- قيمتها آخر ما تعامل الناس بها**) ش: أي بالدراهم المغشوشة والبيع لا يبطل عندهما .

وكذا عند الشافعي وأحمد -رحمهما الله- ولكن عند الشافعي -رحمه الله- يجب ذلك الكاسد لأنه مال عنده في وجه يخير البائع إن شاء أجاز البيع بذلك ، وإن شاء فسخه لتعينه . وعند أحمد يجب النقد الجديد بالقيمة .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد م: (**أن العقد قد صح**) ش: وقال الكاكي : أي بالإجماع لوجود مبادلة المال بالمال م: (**إلاَّ أنه تعذر التسليم بالكساد**) ش: أي لأن الشأن تعذر تسليم الثمن وهي المغشوشة بالكساد لانعدام الثمنية ويجوز أن يكون الضمير في لأنه للثمن ، أي لأن الثمن تعذر تسليمه بالكساد.

م: (**وأنه**) ش: أي وإن تعذر التسليم أو الكساد م: (**لا يوجب الفساد**) ش: لأنه صفة عارضة قابلة للزوال ساعة فساعة بالرواج م: (**كما إذا اشترى**) ش: أي نظير هذا كما إذا اشترى رجل شيئًا م: (**بالرطب فانقطع**) ش: بأن لا يوجد في الأسواق لا يبطل البيع بالاتفاق ، ويجب القيمة ولا ينتظر إلى زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هذام: (**وإذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند أبي يوسف وقت البيع لأنه مضمون به**) ش: أي لأن الثمن مضمون بالبيع فكان كالمغصوب يعتبر قيمته يوم الغصب ، لأنه مضمون فيه ، وعليه الفتوى ، فإنه ذكر في «الذخيرة» وعليه قيمة الدراهم يوم وقع البيع في قول أبي يوسف الآخر وعليه الفتوى .

م: (**وعند محمد يوم الانقطاع لأنه**) ش: أي لأن يوم الانقطاع م: (**أوان الانتقال إلى القيمة**) ش: يعني يوجب العقد رد ما انعقد به العقد والانتقال إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يوم الانقطاع . وفي«المحيط »و«التتمة» و«الحقائق» وبقول محمد -رحمه الله- يفتى رفقًا للناس.

م: (**ولأبي حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد لأن الثمنية بالاصطلاح**) ش: أي ثمنية الدراهم التي

وما بقي فيبقى بيعاً بلا ثمن فيبطل . وإذا بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائماً ، وقيمته إن كان هالكاً ، كما في البيع الفاسد . قال : ويجوز البيع بالفلوس لأنه مال معلوم ، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تعين لأنها أثمان بالاصطلاح . وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها . وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة خلافاً لهما .

غشها غالب ، إنما جعلت ثمنًا بالاصطلاح ، فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل الاصطلاح م: **(وما بقي)** ش: أي الاصطلاح م: **(فيبقى)** ش: أي العقد م: **(بيعًا بلا ثمن فيبطل ، وإذا بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائمًا ، وقيمته)** ش: أي تجب قيمته م: **(إن كان هالكًا)** ش: لا يقال : العقد تناول عينها وهو باق بالكساد وهو مقدور التسليم ، لأنا نقول : إن العقد تناولها بصفة الثمنية لأنها ما دامت رائجة فهي تثبت دينًا في الذمة ، وبالكساد ينعدم منها صفة المالية وصفة الثمنية في الفلوس والدراهم المغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الأعيان . ولو انعدمت المالية بهلاك المبيع قبل القبض أو بتخمر العصير فسد البيع ، فكذا هذا .

وأما الجواب عن البيع بالرطب أن الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبًا فلم يكن هذا هالكًا من كل وجه فلم يبطل المثمن أصلاً ، وفي الدراهم المغشوشة بعد الكساد لا يرجى الوصول إلى ثمنها في الحال ، لأن الكساد أصلي في الشيء إذا رجع أصله ، فلما ينتقل عنه م: **(كما في البيع الفاسد)** ش: فإن الحكم فيه أنه يجب على المشتري رد المبيع فيه على البائع إن كان قائمًا ، وإن كان هالكًا يجب عليه رد قيمته يوم القبض .

م: **(قال)** ش: أي القدوري : م: **(ويجوز البيع بالفلوس لأنه مال معلوم)** ش: هذا بالإجماع م: **(فإن كانت نافقة)** ش: أي رائجة م: **(جاز البيع بها وإن لم تعين)** ش: الفلوس م: **(لأنها أثمان بالاصطلاح)** ش: فلا يتعين في البيع كالدراهم والدنانير ، وإن شرط المتبايعان أعيانهما ويكون ما أوجب كل واحد منهما في العقد على نفسه دينًا في ذمته ولا يجبر كل واحد منهما أن يسلمها ما شرط من العين إن شاء أعطى العين ، وإن شاء أعطى مثلها .

وإن هلكت لم ينفسخ العقد بهلاكها لأنه لم يقع عليها م: **(وإن كانت)** ش: أي الفلوس م: **(كاسدة)** ش: يعني لا تروج م: **(لم يجز البيع بها حتى يعينها ؛ لأنها سلع فلا بد من تعيينها)** ش: فإذا لم يعينها يصح العقد .

م: **(وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة)** ش: قيد بالكساد لأنها إذا غلت أو رخصت كان عليه رد المثل بالاتفاق ، ذكره في «شرح الطحاوي» م: **(خلافًا لهما)** ش: أي لأبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- هذا الخلاف الذي ذكره القدوري خلاف ما ذكر في

وهو نظير الاختلاف الذي بيناه . ولو استقرض فلوساً نافقة فكسدت - عند أبي حنيفة يجب عليه مثلها ؛ لأنه إعارة وموجبه رد العين معنى ، والثمنية فضل فيه إذ القرض لا يختص به . وعندهما يجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض ،

الأصل و«شرح الطحاوي »و«الأسرار» و«الإشارات» ، لأنه ذكر بطلان البيع عند الكساد فيها بلا خلاف ، قال في الإشارات : إذا اشترى شيئًا بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافًا لزفر .

وفي «شرح الطحاوي» : وقال بعض مشايخنا : إنما يبطل العقد إذا اختار المشتري إبطاله فسخًا ، لأن كسادها بمنزلة يجب فيها ، والأول أظهر ، ولو نقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقد النصف الآخر بطل البيع في نصفها وله أن يسترد نصف الدراهم . ولو اشترى فاكهة أو شيئًا بعينه بفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن ينقدها وقد قبض المبيع فسد البيع ، وله أن يرد المبيع إن كان قائمًا أو قيمته أو مثله إن كان هالكًا.

وعن أبي يوسف أن عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع م: (**وهو نظير الاختلاف الذي بيناه**) ش: أي الاختلاف في كساد الفلوس نظير الاختلاف في كساد الدراهم الذي غشها غالب يعني يبطل البيع عند أبي حنيفة بكساد الفلوس ، وعندهما لا يبطل ، لكن عند أبي يوسف يجب قيمتها يوم البيع . وعند محمد آخر ما يتعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع في السوق . م: (**ولو استقرض فلوسًا نافقة فكسدت عند أبي حنيفة يجب عليه مثلها لأنه إعارته**) ش: أي لأن الاستقراض المثلي إعارة كما أن إعارته قرض وموجب استقراض المثلي رد عينه ، وهو معنى قوله م: (**وموجبه رد العين معنى**) ش: أي موجب عقد الإعارة رد المعين من حيث المعنى لا من حيث الحقيقة ، وذا لا يكون إلا بالمثل .

م: (**والثمنية فضل فيه**) ش: جواب عما يقال : كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات وصف الثمنية ، وإنما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقًا .

فقال : فأجاب المصنف بقوله : والثمنية فضل ، تقريره أن الثمنية بمعنى صحة استقراض كونه ثمنًا فضل في القرض م: (**إذ القرض لا يختص به**) ش: أي بمعنى الثمنية يعني صحة استقراض الفلس لم يكن باعتبار الثمنية ، بل لأنه مثلي وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثليًا ، ولهذا صح استقراضه بعد الكساد .

م: (**وعندهما**) ش: أي وعند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (**يجب قيمتها**) ش: أي قيمة الفلوس التي كسدت بعد رواجها م: (**لأنه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض**) ش:

فيجب رد قيمتها ، كما إذا استقرض مثليًا فانقطع ، لكن عند أبي يوسف يوم القبض . وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل . وأصل الاختلاف فيمن غصب مثلياً فانقطع . وقول محمد - رحمه الله - أنظر ، وقول أبي يوسف أيسر . قال : ومن اشترى شيئاً بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس ، وكذا إذا قال : بدانق فلوس ، أو بقيراط فلوس جاز . وقال زفر : لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس ، وإنما تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم ، فلا بد

وليس المثل المجرد عنها في معناها م: (**فيجب رد قيمتها ، كما إذا استقرض مثليًا فانقطع لكن عند أبي يوسف : يوم القبض ، وعند محمد : يوم الكساد على ما مر من قبل**) ش: عند قوله : وعند أبي يوسف وقت البيع .

م: (**وأصل الاختلاف**) ش: أي بين أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- في اعتبار القيمة يوم القبض أو الكساد

فرع : الاختلاف م: (**فيمن غصب مثليًا فانقطع**) ش: فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب . وعند محمد يوم الانقطاع ، وسيجيء بيانه إن شاء الله تعالى في أول كتاب الغصب م: (**وقول محمد - رحمه الله - أنظر**) ش: أي للجانبين .

وفي بعض النسخ : أنظر للجانبين جانب المقرض والمستقرض، أما جانب المقرض فبالنسبة إلى قول أبي حنيفة ؛ لأن في رد المثل إضرار به، وأما في حق المستقرض فلانتقاص قيمته يوم الكساد ، وفي اعتبار قيمته يوم القبض إضرار به م: (**وقول أبي يوسف أيسر**) ش: أي للمفتي وفي بعض النسخ أيسر للمفتي ؛ لأن يوم الكساد قيمته غير مضبوطة، ويوم القبض مضبوطة ، فاعتبار المضبوط أيسر من اعتبار غير المضبوط .

وقال الأترازي : لأن قيمته يوم القبض معلومة للمقرض والمستقرض وسائر الناس و قيمته يوم الانقطاع تشتبه على الناس ويختلفون فيها ، فكان قول أبي يوسف أيسر .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ومن اشترى شيئًا بنصف درهم فلوس جاز**) ش: قيد بنصف درهم، لأنه لو قال بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد على ما يجيء م: (**وعليه**) ش: أي وعلى المشتري م: (**ما يباع بنصف درهم من الفلوس**) ش: لأن ذلك النصف من الدراهم فلوس لا نقرة، وذلك معلوم عند الناس وقت العقد فيجب عليه الوفاء بذلك م: (**وكذا**) ش: أي وكذا الحكم م: (**إذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز**) ش: الدانق سدس الدرهم والقيراط ست حبات .

م: (**وقال زفر : لا يجوز في جميع ذلك ؛ لأنه اشترى بالفلوس وإنما تقدر بالعدد لا بالدانق ونصف الدرهم**) ش: فإذا لم يبين عدد الفلوس كان مجهولاً فلا يجوز ، وهو معنى قوله م: (**فلا بد**

من بيـان عددها ، ونحن نقـول : مايبـاع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس مـعلوم عند الناس الكلام فيه فأغنى عن بيان العدد . ولو قال : بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس ، فكذلك عند أبي يوسف ؛ لأن ما يباع بالدرهـم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس . وعن محـمد -رحـمه الله- أنه لا يجـوز بالدرهم ويجوز فـيما دون الـدرهم ؛ لأن في العادة المبـايعة بالفلوس فـيما دون الدرهم فـصار مـعلوماً بحكم العـادة ولا كذلك الدرهم . قـالوا : وقول أبي يوسف أصح لاسيـما في ديارنا . قال : ومن أعطى صـيرفياً درهمـاً وقال : أعطني بنصفـه فلوساً وبنصفـه نصفـاً إلا حبة جـاز البيع في الفلوس وبطل فـيما بقي عندهمـا ؛ لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز ، وعلى قياس قول أبي حنيفة بطل في الكل ؛ لأن الصفقة متحدة والفساد قوي

من بيان عددها) ش: لنفي الجهالة م: (ونحن نقول : ما يبـاع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس الكلام فـيه) ش: أي فـيمـا إذا كـان مـعلومًا ، يعني فرض المسـألة فيمـا إذا كـان مـا يباع بنصف درهم من الفلوس معلومًا حين العقد ، فكان مغنيًا عن ذكر العدد . وقال الإمام الحلواني : هذا إذا كـان الدانق والقيـراط معلومًا ، فإن عند الناس لا تختلف مـعاملتهـم فيه ، فـأما إذا كـان مختلفًا فكما قاله زفر لمكان المنازعة .

م: (فأغنى عن بيان العدد) ش: يعني إذا كان معلومًا أغنى ذلك عن بيان العدد .

م: (ولو قـال: بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكـذلك عند أبي يوسف) ش: يجوز م: (لأن ما يبـاع بالدرهم من الفلوس مـعلوم وهو المراد) ش: أي كـونه مـعلومـًا هو المراد م: (لا وزن الدرهـم من الفلوس) ش: أي ليس المراد علم وزن الدرهم من الفلوس م: (وعن محمد -رحمه الله- أنه لا يجوز بالدرهم) ش: أي أن الشراء بدرهم فلوس أو بدرهمين لا يجوز م: (ويجوز فيما دون الدرهم ، لأن في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم ، فصار معلومًا بحكم العادة ولا كذلك الدرهم) ش: .

م: (قالوا) ش: أي مشـايخنا : م: (وقول أبي يوسف أصح لا سـيما) ش: أي خصوصـًا م: (في ديارنا) ش: بما وراء النهر ، لأن مـا يباع بالدرهم من الفلوس معلوم . وقال الأترازي : قوله سيما في ديارنا هذا تركيب عجيب ، فينبغي أن يقال : لا سيما كما قال امرؤ القيس :

ولا سيما يوم بدار جلجل .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (ومن أعطى صيرفـيًا درهمًا وقال : أعطني بنصفه فلوسًـا وبنصفه نصفًـا إلا حبة جـاز البيع في الفلوس وبطل فـيما بـقي عندهما) ش: أي عند أبي يوسف ومـحـمـد -رحمهما الله- م: (لأن بيع نصف درهم بالفلوس جـائز ، وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فـلا يجوز ، وعلى قيـاس قول أبي حنيفة بطل فـي الكل ؛ لأن الصفقة مـتحدة والفسـاد قوي) ش: لأنه متمكن في

فيشيع وقد مر نظيره . ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح ؛ لأنهما بيعان . ولو قال:أعطني نصف درهم فلوساً ونصفاً إلا حبة جاز ؛ لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله ،وما وراءه بإزاء الفلوس .

قال: وفي أكثر نسخ «المختصر» ذكر المسألة الثانية والله أعلم بالصواب .

صلب العقد ، ولأنه يجمع عليه لمعنى الربا م: (**فيشيع وقد مر نظيره**) ش: أي في البيع ، وهو ما إذا جمع بين حر وعبد في البيع يبطل البيع عنده في الكل .

م: (**ولو كرر لفظ الإعطاء**) ش: بأن قال : أعطني فلوسًا وأعطني بنصفه نصفًا إلا حبة م: (**كان جوابه**) ش: أي جواب أبي حنيفة م: (**كجوابهما هو الصحيح**) ش: أي كجواب أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله - في الأصح لتفرق الصفقة بتكرر لفظ الإعطاء وفساد أحد البيعين لا يوجب فساد الآخر ، وأشار إليه المصنف بقوله م: (**لأنهما بيعان**) ش: يعني بتكرر لفظ الإعطاء .

م: (**ولو قال : أعطني نصف درهم فلوسًا ونصفًا إلا حبة جاز ، لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله ، وما وراءه بإزاء الفلوس**) ش: وفي الأصل ولو اشترى فقال : أعطني كذا كذا فلسًا ودرهما صغيرًا وزنه نصف درهم إلا قيراطًا كان هذا جائزًا كله إذا تقابضا قبل أن يتفرقا .

م: (**قال**) ش: أي المصنف -رحمه الله- م: (**وفي أكثر نسخ المختصر**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**ذكر المسألة الثانية**) ش: وهي قوله أعطني نصف درهم فلوسًا ونصفًا إلا حبة جاز ، يعني لم يذكر في أكثر نسخ المختصر المسألة الأولى ، وهو قوله من أعطى الصيرفي درهمًا وقال : أعطني بنصفه فلوسًا وبنصفه نصفًا إلا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي ، ولهذا قال في «شرح الأقطع» : وهو غلط من الناسخ .

وقال الكاكي : إنما ذكر المصنف هذا يعني قوله نسخ المختصر دفعًا لمؤاخذة ترد على صاحب القدوري -رحمه الله- ، فإنه ذكر في بعض النسخ المسألة وأجاب بالجواز مطلقًا وليس كذلك بالإجماع ، أما عنده فظاهر لأنه يبطله في الكل . وأما عندهما يجوز في الفلوس ويبطل في الباقي ، فعلم أن الجواز ليس بمطلق في المسألة الأولى ، فذكر الجواب مطلقًا في بعض النسخ محمول على خطأ من الكاتب، والدليل عليه أن أكثر النسخ ذكر المسألة الثانية وأجاب بالجواز مطلقًا م: (**والله أعلم بالصواب**) .

***

كتاب الكفالة

قال : الكفالة هي الضم لغة ، قال الله تعالى : ﴿وكفلها زكريا﴾ (آل عمران : الآية ٣٧) ثم قيل:هي ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وقيل:في الدين ، والأول أصح .

م: (**كتاب الكفالة**)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام الكفالة ، وإنما عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون في البياعات غالباً ، ولأن في الكفالة إذا كانت بأمر معنى المعاوضة انتهى ، فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة .

م: (قال:**الكفالة هي الضم لغة**) ش: من كفلت به كفالة وكفلت عنه المال لغريمه ، والكفيل أيضاً من أكفلته المال أي ضمنته إياه ، وكفل هو به كفلاً وكفولاً والتكفيل مثله ومكفل بذمته تكفلاً ، واستشهد المصنف في قوله الكفالة الضم لغة بقوله : م: (**قال الله تعالى: ﴿وكفلها زكريا ﴾** (آل عمران : الآية ٣٧) وضمها إلى نفسه ، وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا أي جعله كافلاً لها وضامنًا لمصالحها .

وذكر الأخفش أنه قرئ أيضاً وكفلها بكسر الفاء والضمير المنصوب في كفلها يرجع إلى مريم أم عيسى عليهما السلام وقصتها مشهورة .

م: (**ثم قيل**) ش: قائله أكثرالأصحاب م: (**هي**) ش: أي الكفالة في معناها الشرعي م: (**ضم الذمة إلي الذمة في المطالبة**) ش: وبه قال الشافعي -رحمه الله - ومالك وأحمد في رواية وعنه أن الدين ينتقل في الكفالة عن الميت . ونقل الشيخ أبوحفص أن الدين يسقط عن الأصيل بالكفالة عند مالك والمشهور عنه خلاف ذلك م: (**وقيل في الدين**) ش: أي الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في أصل الدين ، وهو اختيار بعض المشايخ .

وقال الأترازي: وهو مذهب الشافعي -رحمه الله- م: (**والأول أصح**) ش: أي القول الأول الذي قاله أكثر الأصحاب هو الأصح ، لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولا دين ثمة .

ولانه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصيل صار الدين دينين وأورد ما إذا ذهب رب المدين دينه فإنه يصح ويرجع به الكفيل على الأصيل .ولو لم يصر الدين عليه لما ملك قبل الكفالة ، لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز .

وأجيب : بأن رب الدين لما وهب للكفيل صح فجعلنا الدين عليه حينئذ لضرورة تصحيح التصرف ، وجعلناه في حكم دينين .وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين .

قال : الكفالة ضربان :كفالة بالنفس ، وكفالة بالمال . فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به ، وقال الشافعي :لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به ، بخلاف الكفالة بالمال ؛ لأن له ولاية على مال نفسه. ولنا قوله عليه السلام: « الزعيم غارم ». وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها .

وركن الكفالة الإيجاب والقبول عند أبي حنيفة ومحمد والشافعي -رحمه الله - وقال أبو يوسف آخراً والشافعي -رحمه الله - في قول ومالك وأحمد -رحمهما الله - الكفالة تتم بالكفيل وحده وجد القبول أولا .

م: **(قال)** ش: أي القدوري -رحمه الله - م: **(الكفالة ضربان : كفالة بالنفس وكفالة بالمال ، فالكفالة بالنفس جائزة ، والمضمون بها إحضار المكفول به)** ش: وبه قال أحمد وعمر وعثمان وابن مسعود وابن عمر وحمزة بن عمر الأسلمي وجرير بن عبد الله وأبي بن كعب وعمران ابن الحصين والأشعث بن قيس -رضي الله تعالى عنهم - م: **(وقال الشافعي:لا يجوز)** ش: هذا ليس بمشهور من مذهبه .

فإن الصحيح عنده كمذهبنا م: **(لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه ، إذ لا قدرة له على نفس المكفول به ، بخلاف الكفالة بالمال ؛ لأن له ولاية على مال نفسه ، ولنا قوله عليه السلام)** ش: أي قول النبي ﷺ م: **(الزعيم غارم)** ش: هذا الحديث رواه أبو داود مطولاً عن أبي أمامة قال : سمعت رسول ﷺ يقول : إن الله قد أعطى لكل ذي حق حقه . . . الحديث وفي آخره والزعيم غارم[1] .

ورواه ابن عباس عن النبي ﷺ قال : الزعيم غارم ، أخرجة ابن عدي في «الكامل»، ومعناه الكفيل غارم من غير فصل بين الكفالة بالمال والكفالة بالنفس ، وألفاظ المال وكفالة الكفالة . أنا زعيم ، **أنا** ضامن بما عليه ، أو كفيل بذلك أو قبيل بذلك ، أو قبيل ، أو هو علي ، أو إلي ، أو هو عندي ، أو هو لك قبلي .

م: **(وهذا)** ش: أي قوله ﷺ: « الزعيم غارم» م: **(يفيد مشروعية الكفالة بنوعيها)** ش: أي

---

(١) رواه أبو داود (٣٥٦٥) والترمذي (٢٢١٨) وابن ماجة (٢٣٩٨) والدارقطني(٣/ ٣٠٦) من طريق إسماعيل ابن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة وذكر حديثاً - وفيه : والزعيم غارم ».

قلت : وإسماعيل بن عياش ثقة في الشاميين وشرحبيل ثقة وثقه أحمد . قال الحافظ الزيلعي (٥/ ١٥): رواه الطبراني في مسند الشاميين قال : حدثنا أحمد بن أنس بن مالك ، ثنا هشام بن عمار ثنا محمد= =ابن شعيب ، ثنا عبد الرحمن بن يزيد بن جابر عن سعيد المقبري عن أنس - مرفوعاً . وإسناده صحيح .

وأخرجه ابن عدي في الكامل (١/ ٣١٤) وأعله بإسماعيل بن زياد السكوني ،فإنه قال فيه : منكر الحديث . والحديث صحيح إن شاء الله .

ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه ، أو يستعين بأعوان القاضي في ذلك والحاجة ماسة إليه . وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه . قال : وتنعقد إذا قال : تكفلت بنفس فلان أوبرقبته ، أو بروحه ، أو بجسده ، أو برأسه ، وكذا ببدنه وبوجهه ؛ لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفاً ، على ما مر في الطلاق . وكذا إذا قال : بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه ؛ لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها شائعاً كذكر كلها . بخلاف ما إذا قال:تكفلت بيد فلان أو برجله ؛ لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما ،

بنوعي الكفالة وهما كفالة المال وكفالة النفس ، لأنه مطلق يشملهما . وفي بعض النسخ بنوعيه قال الأترازي الضمير راجع إلى الكفالة على تأويل عقد الكفالة .

م: (ولأنه) ش: أي ولأن الكفيل جواب عن قياس الشافعي م: (**يقدر على تسليمه**) ش: أي تسليم المكفول عنه م: (**بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه**) ش: أي بين المكفول له والمكفول عنه م: (**أو يستعين**) ش: أي الكفيل م: (**بأعوان القاضي**) ش: الأعوان جمع عون وهو الظهير على الآخر . والحاصل أن أعوان القاضي هم الرجال الذين في خدمته يساعدونه في مهمات الأمور الشرعية م: (**في ذلك والحاجة ماسة إليه**) ش: أي مهمة إلى عقد الكفالة بالنفس وهي ضرورة .

أما حقوق العباد لأنه ربما يعيب بنفسه فيتضرر صاحب الحق م: (**وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه**) ش: أي في هذا النوع م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وتنعقد**) ش: أي الكفالة م: (**إذا قال : تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه**) ش: هذا كله كلام القدوري ، وقوله م: (**وكذا ببدنه وبوجهه**) ش: من كلام المصنف م: (**لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة**) ش: كقوله تكلفت بنفس فلان أو ببدنه أو بجسده م: (**أو عرفاً**) ش: كقوله تكفلت بوجهه أو برأسه أو برقبته م: (**على ما مر في الطلاق**) ش: أنه قال : نفسك طالق أو بدنك طالق أو جسدك طالق فإنها تطلق . وإذا قال : يدك طالق أو رجلك طالق أو دبرك طالق لا يقع شيء م: (**وكذا**) ش: أي وكذا تنعقد الكفالة م: (**إذا قال : بنصفه أو بثلثه أو بجزء منه**) ش: أي قال : تكفلت بجزء من فلان بأن قال تكفلت بيده أو رجله م: (**لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزأ فكان ذكر بعضها**) ش: أي ذكر بعض النفس الواحدة حال كونه م: (**شائعاً كذكر كلها**) ش: كما في الطلاق لإن إضافة الكفالة إلى جزء شائع تثبت ، وترى إلى الجملة كما في الطلاق والعتاق .

م: (**بخلاف ما إذا قال : تكفلت بيد فلان أو برجله**) ش: حيث لا تصح الكفالة م: (**لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما**) ش: أي إلى اليد والرجل فكانت إضافة الكفالة

وفيما تقدم يصح . وكذا إذا قال :ضمنته لأنه تصريح بموجبه ، أو قال :هو علي لأنه صيغة الالتزام ، أو قال : إلي لأنه في معنى عليّ في هذا المقام . قال عليه السلام : « من ترك مالاً فلورثته ، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإلي » . وكذا إذا قال : أنا زعيم به أو قبيل ؛

إليهما كإضافة الطلاق إليهما على ما مر م: (**وفيما تقدم**) ش: أي في الجزء الشائع كالنصف م: (**يصح**) ش: إضافة الكفالة إليه كما تصح إضافة الطلاق . وقال الشافعي : تجوز الكفالة بما يعبر به عن البدن وجزء شائع أوبجزء لا يمكن فصله عنه كالقلب والكبد ، وبه قال أحمد في رواية .

وقال مالك يصح لكل عضو من بدنه حتى لو قال بوجهه أو بعينه فهو كفالة بالنفس وبه قال الشافعي في وجه وأحمد ، وعندهما لو كفل بعينه لم يذكره محمد . وعن أبي بكر البلخي لا يصح كما في الطلاق ، ولو برئ البدن يصح ، كذا في «المحيط».

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا تنعقد الكفالة م: (**إذا قال : ضمنته لأنه تصريح بموجبه**) ش: أي بموجب عقد الكفالة ، لأنه يصير ضامناً للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كالبيع ينعقد بلفظ التمليك م: (**أوقال : هو علي لأنه صيغة الالتزام**) ش: لأنه من ألفاظ الوجوب فأفاد الضمان فصحت الكفالة م: (**أو قال إليّ لأنه في معنى «عليّ» في هذا المقام**) ش: فكأنه قال ضمانه بوجه إلي م: (**قال عليه السلام**) ش: أي قال النبي ﷺ : م: (**من ترك مالاً فلورثته ، ومن ترك كلاً أو عيالاً فإلي**)[1] ش: هذا الحديث رواه أبو داود والنسائي وابن ماجة عن المقدام بن معد يكرب قال : قال : رسول الله ﷺ : **من ترك كلاً** فإلي ومن ترك مالاً فلورثته وأنا وارث من لا وارث له . . . الحديث ، ورواه ابن حبان في «صحيحه» و في لفظ لأبي داود قال : أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، فمن ترك ديناً فإلي .

وأخرج البخاري ومسلم من حديث أبي حازم عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال «من ترك مالاً فلورثته ، ومن ترك كلاً فإلينا » والكل بفتح الكاف وتشديد اللام اليتيم هنا بدليل عطف العيال عليه ، وإن كان الكل يجيء بمعنى العيال والجمع الكلول والعيال من يعوله أي يصونه وينفق عليه .

م: (**وكذا إذا قال**) ش: أي وكذا تنعقد الكفالة بقوله م: (**أنا زعيم به**) ش: أي بفلان ، وليس في بعض النسخ لفظ به ، وزعيم من زعم به ، أي كفل به يزعم زعامة م: (**أو قبيل**) ش: أي أو قال : أنا قبيل بفلان فهوبمعنى كفيل من قولهم قبل به أي كفل به بفتح العين في الماضي وكسرها

---

(١) رواه أبو داود« الفرائض - باب ميراث الأرحام » (٢٨٩٩) والنسائي (١٤٨٧) وابن ماجة في «الفرائض - باب ميراث ذوي الأرحام » (٢٧٣٨) ورواه أبو داودأيضاً في« الخراج في أوراق الذرية » (٢٩٥٤) بلفظ « أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم ، من ترك مالاً فلأهله ومن ترك دينا أوضياعاً فإلي وعلي » وإسناده صحيح .

لأن الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه ، والقبيل هو الكفيل ، ولهـذا سمي الصك قبالة ، بخلاف ما إذا قال : أنا ضامن لمعرفته ؛ لأنه التزم المعرفة دون المطالبة .

في المضارع قبالة م: (**لأن الزعامـة هي الكفالة**) ش: يعني معناهما واحد م: (**وقد روينا فـيه**) ش: أي روينا الحديث ، وقوله ﷺ : «الزعيم غارم» وفي بعض النسخ روينا الحديث .

وقوله : فيه أي في معنى أن الزعامة هي الكفالة والحميل أيضاً بمعنى الكفيل ، يقال حمل به يحمل حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع ، أي كفل به ، وروى الزمخشري في «الفائق » الحميل غارم .

م: (**والقبـيل هو الكفيل ، ولهـذا سمي الصك قبـالة ،بخلاف ما إذا قـال : أنا ضامن لمعرفـته**) ش: يعني لا يكون كفيلاً بهذا اللفظ م: (**لأنه التزم المعرفـة دون المطالبة**) ش: أي لأن الرجل الذي قال هذا اللفظ التزم لمن يطلب الكفيل معرفة الرجل الذي عليه الدين وما التزم مطالبته الدين .

وفي الأصل : لو قال أنا ضامن لمعرفة فلان أو ضامن لأن أدلك عليه ، أو لأن أدل على منزله لا يكون كفالة . ولو قال : أنا ضامن تعريفه أو علي تعريفه ففيه اختلاف المشايخ ، كذا نقل في «خلاصة الفتاوى» عن« شرح الشافي» .

وقال الفقيه أبو الليث : روي عن علي بن أحمد عن نصير قال : سئل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجاني عن رجل قال لآخر : أنا ضامن لمعرفة فلان ، أما في قول أبي حنيفة ومالك لا يلزمه شيء ، وأما أبو يوسف قال : هذا على معاملة الناس وعرفهم، ثم قال الفقيه أبو الليث في «النوازل» هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور .

و الظاهر ما روي عن أبي حنيفة ومحمد ، وقال في خزانة الواقعات : وبه يفتى ، أي بظاهر الرواية ، وقال في «الفتاوى الصغرى» « اسنائى فلان برمن » قال الفقيه أبو جعفر : يكون كفيلاً .

وقال أبو الليث : لا وعليه الفتوى . ثم نقل في «الفتاوى الصغرى » عن «الواقعات» أن الفتوى على أنه يصير كفيلاً ، ثم قال فيهم إذا قال فلان – اسناى من است ، أو قال اثناست صارت كفالة بالنفس عرفًا .

ولو قال – آن : جه ترا بر فلان است جواب كَريم – فهو كفالة بحكم العرف . ولو قال : ان جه ترا بر فلان است من بدهم – لا يكون كفالة بحكم العرف ، ومن وعد غيره أن يقضي دينه بأن قال : بدهم ، لا يجب ، ونقله عن مأذون شيخ الإسلام خواهر زاده –رحمه الله .

فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه . فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه ، ولكن لا يحبسه أول مرة فلعله ما درى لماذا يدعى . ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه ، فإن مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق .

م: (**فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا طالبه به في ذلك الوقت وفاء بما التزمه**) ش: أي لأجل وفاء ما التزمه في الوقت المعين ، والأصل فيه أن الكفالة بالنفس نوع ضمان فيصح التأجيل فيها كالكفالة بالمال ، فإذا حل الأجل يجب الإحضار م: (**فإن أحضره**) ش: فلا كلام فيه م: (**وإلا**) ش: أي وإن لم يحضره بأن امتنع عن إحضاره م: (**حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه**) ش: لأنه يصير ظالمًا والحبس جزاؤه .

م: (**ولكن لا يحبسه أول مرة**) ش: لأن الحبس عقوبة على الظالم ولا يظهر في أول الوهلة م: (**فلعله ما درى لماذا يدعى**) ش: على صيغة المجهول .

م: (**ولو غاب المكفول بنفسه**) ش: أي المدعى عليه م: (**أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه**) ش: هذا إذا علم مكان المكفول به ، أما إذا لم يعلم سقطت المطالبة عن الكفيل للحال لعجزه .

وفي «الذخيرة» ولو كان الكفيل يعرف مكانه أمهله قدر ذهابه ومجيئه ، فإن لم يعلم سقطت المطالبة . ولو وقع الاختلاف فقال الطالب : تعرف مكانه .

وقال الكفيل : لا أعرف فإن كان له خرجة معروفة تخرج إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إليه ، لأن الظاهر شاهد له .

وإن لم يكن ذلك معروفًا منه فالقول للكفيل ، لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة فإن أقام الطالب البينة أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب إليه .

وقال الكاكي : وفي بعض النسخ : وكذا إذا ارتد ولحق بدار الحرب ، وهذه المسألة ليست في بعض النسخ إلى قوله : وإذا أحضره وسلمه ، ثم معنى قوله : وكذا إذا ارتد ولحق بدار الحرب يعني يمهله الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب ومجيئه ، وينبغي أن يبرأ الكفيل كما في الموت ، لأن إلحاق المرتد موت حكمي .

والفرق أن اللحاق موت حكمي في قسمة ماله بين ورثته دون الحقوق الثابتة في ذمته م: (**فإن مضت**) ش: المدة م: (**ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق**) ش: مع إمكانه وبيان مطله .

قال : وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه ، مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة ؛ لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به ، وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة . وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود . وقيل في زماننا : لا يبرأ ؛ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار ، فكان التقييد مفيداً . وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود ، وكذا إذا سلمه في السواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه . ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة للقدرة على المخاصمة فيه ، وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه ،

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وكذا إذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه فيه مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة ؛ لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به ، وهذا**) ش: يعني ما ذكرنا من إتيانه بما التزمه م: (**لأنه ما التزم التسليم إلا مرة**) ش: فحصل التسليم .

م: (**وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود**) ش: وهو القدرة على المحاكمة م: (**وقيل في زماننا لا يبرأ ؛ لأن الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الإحضار ، فكان التقييد مفيداً**) ش: وقال الأئمة الثلاثة : إذا عين مكانًا وفي تسليمه في غيره ضرر يتعين ذلك المكان .

وفي «الشامل»شرط على الكفيل أن يسلمه في المسجد الأعظم فسلمه في السوق برئ، لأن المصر كبقعة واحدة ، ثم قال فيه : عن أبي يوسف أنه لا يبرأ، لأن الناس لا يعينونه للإحضار ، ثم قال: ويجب أن يكون الفتوى على هذا اليوم.

م: (**وإن سلمه في برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود ، وكذا إذا سلمه في السواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه**) ش: قال الجوهري : سواد الكوفة ، والبصرة قرى ، والمفهوم من كلام المصنف أن السواد هي القرى التي ليس فيها قضاة ، وأما إذا كان فيها قضاة ينبغي أن يبرأ لقدرته على المخاصمة .

م: (**ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ -عند أبي حنيفة - للقدرة على المخاصمة فيه**) ش: لأن المحاكمة تحقق عنه كل قاض ، فصار التسليم في البلدين سواء م: (**وعندهما لا يبرأ**) ش: وبه قالت الأئمة الثلاثة م: (**لأنه قد يكون شهوده فيما عينه**) ش: فيتعسر عليه إقامة البينة في بلد آخر .

فقيل : هذا اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حجة وبرهان . فأبو حنيفة -رحمه الله - في القرن الثالث والغلبة لأهل الصلاح والقضاة لا يرغبون في الميل إلى الرشوة وتغير الحال في

ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه يقدر على المخاصمة فيه . قال : وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة ؛ لأنه عجزعن إحضاره ، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضارعن الكفيل ، وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه ، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال .

زمانهما فظهر الفساد والميل إلى الرشوة وعامل كل مصر لا ينقاد لأمر الخليفة فيفيد التقييد .

م: (**ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب**) ش: أي والحال أن القاضي قد حبسه لأجل غير الطلب م: (**لا يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيه**) ش: وعند مالك يبرأ ، وعند أحمد إن كان في سجن القاضي الذي يرجع الحكم إليه يبرأ وإلا فلا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا مات المكفول به**) ش: وهو المدعى عليه م: (**برئ الكفيل بالنفس من الكفالة**) ش: وبه قال الشافعي في وجه وأحمد . وقال في أصح الوجهين : يطالب بإحضار الميت ما لم يدفن إذا أراد المكفول إقامة الشهادة على مورثه كما لو تكفل ابتداء ببدن الميت ، وعلل المصنف ما ذهب إليه أصحابنا بوجهين: الأول : هو قوله م: (**لأنه عجز عن إحضاره**) ش: أي إحضار المكفول به وهو المدعى عليه . والثاني : هو قوله م: (**ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل**) ش: لأن الكفيل الأصيل من الحق المضمون يوجب براءة الكفيل .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا تسقط الكفالة م: (**إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول**) ش: إلا بإحضار النفس وقد سقط الحضور عن الأصيل ، فكذا عن الكفيل ، لأن براءة المكفول م: (**بنفسه وماله**) ش: أي ومال الكفيل م: (**لا يصلح لإيفاء هذا الواجب**) ش: وهو الإحضار وتسليم المكفول به .

حاصله أنه لا يؤدي ما على المكفول به من تركه الكفيل ، لأنه ما التزم بأداء المال ، وإنما التزم بتسليم النفس ، والمال لا يصلح وفاء لهذا الواجب ،و به قال أحمد والشعبي وشريح وحماد بن أبي سليمان والشافعي في أصح الوجهين ، وقال مالك والليث : يلزمه ما عليه ، وبه قال ابن شريح من أصحاب الشافعي .

م: (**بخلاف الكفيل بالمال**) ش: إذا مات حيث يؤدى المال من تركته ، إذ المقصود هنا إيفاء حق المكفول له في الحال والمآل ، والكفيل صالح له فلا تبطل الكفالة فتؤخذ من تركته ويرجع ورثته على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في حال الحياة .

ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالاً ، ولكن ورثته ترجع على الذي عليه الأصل بعد حلول الأجل ، لأنه باق في حق الأصيل لبقاء حاجته ، أما الكفيل

ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل ، وإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام الميت . قال : ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء، لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه .ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين .

ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح لأنه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع .

فقد استغنى عن الأجل بالموت . كذا في «المبسوط» ، وبقولنا قال الشافعي وأحمد . وعن زفر أن للورثة مطالبته حالاً لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته .

قلنا : إنه دين مؤجل فلا يجوز قبل الأجل .

م: (**ولو مات المكفول له فللوصي أن يطالب الكفيل**) ش: لقيامه مقام المكفول له م: (**وإن لم يكن**) ش: أي للوصي م: (**فلوارثه**) ش: المطالبة م: (**لقيامه**) ش: أي لقيام الوارث م: (**مقام الميت**) ش: ويجوز أن يكون الضمير في لقيامه راجعًا إلى كل واحد من الوصي والوارث لأن كلاً منهما يقوم مقام الميت .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في «الجامع الصغير» : م: (**ومن كفل بنفس آخر**) ش: بالإضافة م: (**ولم يقل**) ش: أي والحال أنه لم يقل م: (**إذا دفعت إليك فأنا بريء فدفعه إليه فهو بريء لأنه**) ش: أي لأن دفع المكفول به إلى الطالب ، كذا قاله الكاكي .

وقال الأكمل : لأنه يعني البراءة وذكره لتذكير الخير وهو الموجب م: (**موجب التصرف فيثبت**) ش: أي الموجب م: (**بدون التنصيص عليه**) ش: كثبوت الملك بالشراء وإن لم يصرح به وكحل الاستمتاع يثبت بمجرد النكاح الصحيح فإنه موجبه .

وكذا في سائر الموجبات م: (**ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين**) ش: إذا سلمه الغاصب إذا رد المغصوب على المالك ، والبائع إذا سلم المبيع إلى المشتري ، وبه قال مالك وأحمد .

وقال الشافعي -رحمه الله- : لزمه القبول . ولو امتنع من القبول قال بعض أصحابه : يرفع الأمر إلى القاضي ويسلمه حتى يبرأ ، فإن لم يجدها أو امتنع أحضر شاهدين ليشهدوا على امتناعه وبه قال بعض أصحاب أحمد -رحمه الله .

م: (**ولو سلم المكفول به نفسه من كفالته صح**) ش: هذه من مسائل «المبسوط» ذكرها تفريعًا على ما تقدم م: (**لأنه**) ش: أي لأن المكفول به م: (**مطالب بالخصومة**) ش: أي بخصومة المدعي أو مرض من الكفيل قال شيخنا م: (**فكان له ولاية الدفع**) ش: أي دفع الخصومة . وفي بعض النسخ لأنه يطالب بالخصومة . وقال الأترازي : مطالب صح بفتح اللام سماعًا ، قلت : وكذا قال شيخنا

وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه . قال :فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه ، وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال ؛ لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهذا التعليق صحيح . فإذا وجد الشرط لزمه المال ، ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس ؛ لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه ، إذ كل واحد منهما للتوثيق . وقال الشافعي : لا تصح هذه الكفالة ؛ لأنه

العلاء بفتح اللام م: (**وكذا**) ش: أي وكذا صح م: (**إذا سلمه إليه**) ش: إذا سلم الكفيل إلى المكفول له م: (**وكيل الكفيل أو رسوله**) ش: أي أو أسلمه إليه رسول الكفيل م: (**لقيامهما**) ش: أي لقيام وكيل الكفيل ورسوله م: (**مقامه**) ش: أي مقام الكفيل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به**) ش: أي إن لم يأت به وهو من الموافاة ، وهو مفاعلة من الوفاء م: (**إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف**) ش: وقال الكاكي : والتقييد بما عليه مقيد ؛ لأنه إذا لم يقل لما عليه لا يلزمه شيء عند عدم الموافاة خلافًا لأبي حنيفة وأبي يوسف . وعند محمد -رحمه الله- لا تصح الكفالة ، وسيجيء بعد هذا إن شاء الله تعالى .

وقال الكاكي أيضًا : والتقييد بقوله : وهو ألف غير مفيد ، لأنه إذا قال : ما عليه ولم يسم كم هو جاز ، لأن جهالة المكفول به لا تمنع صحتها لأنها مبنية على التوسع كضمان الدرك وضمان الشجة ، فإنه يصح مع أنه مجهول لا يعلم أنها تسري إلى النفس أم لا م: (**فلم يحضره**) ش: أي الألف م: (**إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال ؛ لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهذا التعليق صحيح**) ش: لأنه متعارف بين الناس وإن كان القياس يأباه ، كما لو اشترى نعلاً على أن يحذوه البائع .

م: (**فإذا وجد الشرط لزم المال ، ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس ، لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه ، إذ كل واحد منهما**) ش: أي لأن كل واحد من الكفالتين شرع م: (**للتوثيق**) ش: فيجوز أن يدعي عليه دينًا آخر .

م: (**وقال الشافعي:لا تصح**) ش: ذكر في «المبسوط» موضع الشافعي -رحمه الله- وقال ابن أبي ليلى م: (**هذه الكفالة**) ش: إنما قيد بقوله : هذه الكفالة للاحتراز عن سائر الكفالات بالمال بدون النفس بالشرط لا للاحتراز عن الكفالة بالمال فإن عنده كلتيهما باطلتين ، كذا ذكره قاضي خان والمرغيناني .

وقال الكاكي على قوله المنصوص بصحة الكفالة بالنص : وتبطل الكفالة بالمال فقط ويفهم ذلك من كتبهم ، وتعليل الكتاب أيضًا يدل عليه م: (**لأنه**) ش: أي لأن هذا التعليق . وفي

تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع . ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث إنه التزام فقلنا :لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ، ويصح بشرط متعارف عملاً بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف . ومن كفل بنفس رجل وقال: إن لم يواف به غداً فعليه المال ، فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط ، وهو عدم الموافاة .

بعض النسخ هذه الكفالة لأنها م: (**تعليق سبب وجوب المال بالخطر**) ش: أراد بالسبب الكفالة بالمال لأنها سبب وجوب المال ، فيكون تعليقها بالشرط تعليق سبب وجوب المال فلا يصح ، لأن المال لا يحتمل التعليق بالخطر لإفضائه إلى معنى القمار م: (**فأشبه البيع**) ش: أي تعليق البيع بالمال وصار كما إذا قال: إن دخلت الدار فأنا كفيل بمالك على فلان .

م: (**ولنا أنه**) ش: أي أن عقد الكفالة م: (**يشبه البيع**) ش: أي انتهاء من حيث إن الكفيل يرجع على الأصيل إذا كان يأمره م: (**ويشبه النذر من حيث إنه التزام**) ش: يعني التزام شيء غير لازم ، فعملنا بالشبهين م: (**فقلنا :لا يصح تعليقه بمطلق الشرط**) ش: عملاً بشبه البيع م: (**كهبوب الريح ونحوه**) ش: أراد به دخول الدار ومجيء المطر م: (**ويصح بشرط متعارف**) ش: عملاً بشبه النذر م: (**عملاً بالشبهين، والتعليق بعدم الموافاة متعارف**) ش: وبدخول الدار غيرمتعارف .

م: (**ومن كفل بنفس رجل وقال: إن لم يواف به غداً فعليه المال ، فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة**) ش: لأنه علق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالمكفول به وقد تحقق الشرط فيوجب المال .

فإن قيل : هذه المسألة عين الأولى غير أن في الأولى لم يذكر موت المكفول به وهاهنا ذكره وبه لا يقع الفرق ، إذ لزوم المال بموته وعدم موته لا يتفاوت .

قلنا : بل بينهما فرق ، وهو أنه لم يذكر في بعض نسخ «الجامع» لفظ الغد في هذه المسألة ، فكان تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافاة مطلقًا وهنا مقيداً ، فكان بينهما فرق ، إذ المطلق غير المقيد.

وقال الأترازي : والفرق بين هذه المسألة ومسألة القدوري التي تقدمت أن في هذه لم يذكر لفظ الغد في أكثر نسخ الجامع الصغير ، ولهذا لم يذكره فخر الإسلام والصدر الشهيد وقاضي خان ، وإنما ذكر بعضهم فكانت مسألة القدوري مقيدة بوقت وهذه مطلقة عنه فحصل الفرق .

والوجه الثاني من الفرق : أن المكفول به هنا مات قبل الغد وفي مسألة القدوري هو حي ، ولكن الكفيل لم يواف به في ذلك الوقت فذكر مسألة «الجامع الصغير» إزاحة لوهم بعض الناس أنه ربما يكون فرق بين عدم الموافاة وهو حي وعدم الموافاة وهو ميت فقال: لا فرق بينهما ، بل يجب المال إذا وجد الشرط وهو عدم الموافاة في الوقت .

قال : ومن ادعى على آخر مائة دينار ، بينها أو لم يبينها ، حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غداً فعليه المائة ، فإن لم يواف به غداً فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- ، وقال محمد إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه ؛ لأنه علق مالاً مطلقاً بحظر ، ألا يرى أنه لم ينسبه إلى ما عليه ، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها ولأنه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب إحضار النفس ، وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه ، بخلاف ما إذا بين . ولهما أن المال ذكر معرفاً فينصرف إلى ما عليه ، والعادة جرت بالإجمال في الدعاوي

م: (**قال : ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها**) ش: أي بين صفة مائة دينار أنها جيدة أو رديئة أو خليقة أو ركنية م: (**أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدًا فعليه المائة ، فإن لم يواف به غدًا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله-**) ش: وبه قال أحمد م: (**وقال محمد : إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه**) ش: أي إلى دعوى الطالب وبه قال الشافعي م: (**لأنه**) ش: أي لأن الكفيل م: (**علق مالاً مطلقًا**) ش: أراد بإطلاقه عدم نسبة المائة إلى المال المدعى به حيث لم يقل : تكفلت بمالك عليه م: (**بحظر**) ش: أي بتردد وهو شرط عدم الموافاة م: (**ألا يرى**) ش: توضيح لما قبله م: (**أنه لم ينسبه إلى ما عليه**) ش: حيث لم يقل التي لك على فلان .

م: (**ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها**) ش: أي لا تصح الكفالة على وجه تعليق المال مطلقًا بحظر وإن بين صفة المائة من الجودة والرداءة والوسط وذلك لاحتمال أن يلتزم المائة على وجه الرشوة للمدعي حتى يترك المدعى عليه في الحال ، هكذا ذكر الماتريدي .

م: (**ولأنه لم تصح الدعوى**) ش: هذا وجه آخر منسوب إلى الشيخ الإمام أبي الحسن الكرخي م: (**من غير بيان فلا يجب إحضار النفس**) ش: إلى مجلس القاضي لفساد الدعوى بجهالة المدعى به م: (**وإذا لم يجب لا تصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه**) ش: أي لأن عقد الكفالة بالمال بناء على عقد الكفالة بالنفس وهذا يوجب أن تصح الكفالة بالنفس إذا بين المال وهو معنى قوله م: (**بخلاف ما إذا بين**) ش: أي المال حيث تصح الكفالة بالنفس .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف -رحمهما الله- م: (**أن المال ذكر معرفًا فينصرف إلى ما عليه**) ش: يعني أن المال في قول الكفيل ذكر معرفًا حيث قال : إن لم يواف به غدًا فعليه المال فينصرف إلى ما على الأصيل لأنه هو المعهود م: (**والعادة جرت بالإجمال في الدعاوي**) ش: أي العادة جرت بين الناس أنهم يحملون الدعوى أولاً في غير مجلس القاضي وبينوه عند القاضي دفعًا لحيل الخصوم وصرفًا لكلامهم إلى وقت الحاجة .

فتصح الدعوى على اعتبار البيان ، فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية . قال : ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة-رحمه الله- معناه لا يجبر عليها عنده .

فإذا كان كذلك م: (**فتصح الدعوى على اعتبار البيان**) ش: من جهته م: (**فإذا بين التحق البيان بأصل الدعوى**) ش: يعني إلى ابتداء الدعوى ، فإذا كان كذلك م: (**فتبين صحة الكفالة الأولى**)ش: وهي الكفالة بالنفس م: (**فيترتب عليها الثانية**) ش: أي الكفالة الثانية وهي الكفالة بالمال ويكون القول له في هذا البيان ، لأنه يدعي صحة الكفالة والكفيل يدعي الفساد .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة- رحمه الله -**) ش: إلى هنا لفظ القدوري ، وقوله م: (**معناه لا يجبر عليها عنده**) ش: من كلام المصنف، أي معنى قول القدوري : لا تجوز الكفالة بالنفس لا يجبر من عليه الحد أو القصاص على الكفالة ، حاصل الكلام من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طلب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لإثبات ما يدعيه المدعى عليه فامتنع عن إعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة ، وعلى هذا يكون معنى قوله : ولا تجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بحذف المضاف وإسناد الجواز إلى الكفالة مجازًا . وقال فخر الإسلام في «شرح الجامع الصغير» معنى قول محمد : لا كفالة في الحدود والقصاص أن القاضي لا يفعل ذلك ، لأن فيه احتيالاً للإثبات، والشرع أمر بالدرء وهو خلافه ، ثم قال فخر الإسلام : وهذا قول أبي حنيفة -رحمه الله- وذكر الشيخ الإمام علاء الدين الأسبيجابي في أول باب الكفالة من «شرح مختصر الكافي » أن الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس يصح ، وإنما الخلاف في الجبر على إعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالإجماع .

وفي القصاص لا يجبر عند أبي حنيفة -رحمه الله- وعند صاحبيه يجبر . وفي «الشامل» وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بنفس الحد وفيه أيضًا لا تجوز كفالة في قصاص واحد ، ويقول القاضي لمدعي القذف الزمه إلى قيامي إن كانت بينتك حاضرة عند أبي حنيفة . وعندهما يأخذ كفيلاً ثلاثة أيام، ثم قال: والخلاف في أمر القاضي بإعطائه لا في الصحة ، فإنه لو كفل إنسان صح وذكر الكرخي : أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم جميعًا إذ بدلهما المطلوب بنفسه ، ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل إذا طلب الخصم ؟ قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يأخذ القاضي منه كفيلاً ولكن يحبسه حتى تقام عليه البينة أو تستوفى، كذا ذكر صاحب «التحفة» ، ثم لا يحبسه القاضي في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي فيشهد أنه زنا أو قتل فيحبسه القاضي حينئذ لثبوت التهمة بأحد شطري الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد

وقالا : يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد وفي القصاص لأنه خالص حق العبد ،

عليه الشهود العدول وقد صح، أن رسول الله ﷺ حبس رجلاً بالتهمة[1] . بخلاف الأموال حيث لا يحبس فيها بشهادة الواحد .

وفي «شرح الأقطع » فإن قيل : فقد قال أبو حنيفة : يحبس ، والتوثق بالحبس أعظم من التوثق بالكفيل

قيل له: ليس الحبس للتوثق ، وإنما هو للتهمة والحبس بها واجب ، ونقل الناطقي في «أجناسه» عن «نوادر ابن رستم» في التعزير : لا يحبس حتى يسأل عن عدالة الشهود وتقبل فيه الشهادة على شهادة النساء مع الرجال ، ويجوز فيه العفو وتصح فيه الكفالة وهو حق الآدمي . وفي «نوادر أبي يوسف» رواية ابن سماعة في الذي يجمع الخمر ويشربه ، ويترك الصلاة : أحبسه وأؤدبه ثم أخرجه ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فإني أحبسه وأخلده في السجن إلى أن يتوب ، لأن شر هذا على الناس وشر الأول على نفسه وبقول أبي حنيفة في هذا الباب قال أحمد والشافعي في قول وقول أكثر أهل العلم .

م: (**وقالا: يجبر في حد القذف**) ش: أي قال أبو يوسف ومحمد : يجبر المدعى عليه في حد القذف على الكفالة ، وبه قال الشافعي في قول . وعن مالك مثله م: (**لأن فيه**) ش: أي في حد القذف م: (**حق العبد**) ش: ولهذا يشترط الدعوى فيه ، وإن كان الغالب حق الله تعالى والمدعي يحتاج إلى أن يجمع بين الشهود وبين المطلوب والمطلوب قد يخفي نفسه فيحتاج إلى أن يأخذ منه كفيلاً ، وألحق الإمام المحبوبي حد السرقة بحد القذف في الجبر بالكفالة على قولهما ، وفي الجواز بغير الجبر على قول أبي حنيفة لأنه من الحدود التي يتعلق بها حق العباد . وقال المرغيناني : ليس نفس الجبر هنا الحبس لكن يأمره بالملازمة وليس تفسير الملازمة المنع من الذهاب لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يغيب ، فإذا انتهى إلى باب الدار وأراد الدخول ليستأذنه الطالب في الدخول فإن أذن له في الدخول يدخل معه وليكن حيث يسكن وإن لم يأذن يحبسه في باب داره ويمنعه من الدخول .

م: (**وفي القصاص**) ش: أي يجبر في القصاص أيضًا م: (**لأنه خالص حق العبد**) ش: فيجري الجبر في أخذ الكفيل كما في سائر حقوقه . وقال الأترازي : وفيه نظر ، لأن القصاص مما اجتمع فيه الحقان حق الله تعالى من حيث إخلاء العالم عن الفساد ، وحق العبد من حيث يشفي

(١) رواه البيهقي (٦/ ٧٧) من طريق إبراهيم بن خثيم بن عراك بن مالك عن أبيه عن جده عن أبي هريرة - مرفوعاً ثم قال : إبراهيم بن خثيم ضعيف .
قلت : وخثيم لا بأس به وإسناده ضعيف .

بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى . ولأبي حنيفة قوله عليه السلام : « لا كفالة في حد». من غير فصل.ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لأنها تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير . ولو سمحت نفسه به

الصدور . ولكن حق العبد فيه غالب لصحة الاعتياض والعفو م: (**بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى**) ش: أراد بها حد الزنا وشرب الخمر ، يعني لا يجوز الكفالة فيها بالاتفاق .

م: (**ولأبي حنيفة قوله عليه السلام**) ش: أي قول النبي ﷺ : م: (**لا كفالة في حد**)[1] ش: قال الأكمل : قيل هذا من كلام شريح لا من كلام النبي ﷺ ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح ، وقال الصدر الشهيد في «أدب القاضي» : روي هذا الحديث مرفوعًا إلى رسول الله ﷺ وكذا قاله الأترازي بعينه ، ثم قال في آخره : ولنا في رفعه نظر . قلت : هذا أخرجه البيهقي في سننه عن بقية عن عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال « لا كفالة في حد » . وقال تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكرة ، انتهى . ورواه ابن عدي في «الكامل» عن عمر الكلاعي فأعله به وقال : إنه مجهول لا أعلم أنه روى عنه غير بقية كما يروى عن سائر المجهولين وأحاديثه منكرة غير محفوظة م: (**من غير فصل**) ش: يعني لم يفرق بين حد فيه حق العبد وبين حد هو خالص حق الله تعالى فلا تجوز الكفالة في جميع الحدود . م: (**ولأن مبنى الكل على الدرء**) ش: أي على الدفع م: (**فلا يجب فيه الاستيثاق**) ش: يعني بالتكفل ، فإذا لم يكفل عنده ماذا يصنع به . قال في «جامع البرهاني» : يلازمه إلى وقت قيام القاضي عن المجلس ، فإن أحضر البينة فيها وإلا خلى سبيله ، هذا إذا لم يكن شاهدًا عدلاً أو شاهدين غير مستورين ، فإن أقام يحبس لا للتكفيل بل للتهمة م: (**بخلاف سائر الحقوق**) ش: حيث يجب فيه الاستيثاق بالتكفيل م: (**لأنها تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير**) ش: أي يحبس المطلوب على إعطاء الكفيل فيما يجب فيه التعزير ؛ لأنه محض حق العبد ويثبت مع الشبهات ، وبالشهادة على الشهادة ويحلف فيه فيجبر فيه كالأموال .

م: (**ولو سمحت نفسه به**) ش: أي نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه يعني لو تبرع بإعطاء الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب وبدل الكفيل بنفسه في القصاص

---

(١) ضعيف : رواه البيهقي (٦/ ٧٧) من طريق بقية بن الوليد عن عمر بن أبي عمر الدمشقي حدثني عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده - مرفوعاً . ثم قال : قال أبو أحمد : عمر بن أبي عمر الدمشقي منكر الحديث عن الثقات ، قال البيهقي : تفرد به بقية عن أبي محمد عمر بن أبي عمر الكلاعي وهو من مشايخ بقية المجهولين ورواياته منكره ، والله أعلم .

يصح بالإجماع ، لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه ؛ لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم . قال : ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي ؛ لأن الحبس للتهمة ها هنا ، والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة ، إما العدد أو العدالة ، بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة .

وحد القذف والسرقة م: (**يصح**) ش: أي الكفالة م: (**بالإجماع**) ش: وفي «الجنازية» : هذا في حد للعباد فيه حق كحد القذف ، أما في حد ليس للعبد فيه حق لا يجوز الكفالة وإن سمحت به نفسه .

وقال أحمد والشافعي بعدم المطالبة فيه م: (**لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه**) ش: موجبه التزام المطالبة . وقال تاج الشريعة : أي موجب عقد الكفالة وهو ضم الذمة في المطالبة والضمير فيه يرجع إلى التكفيل وفي عليه إلى التكفيل م: (**لأن تسليم النفس فيها**) ش: أي في الحدود ويروى فيهما بضمير التثنية أي في حد القذف والقصاص م: (**واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم**) ش: وهو ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة .

م: (**قال**) ش: أي قال محمد في « الجامع الصغير » - وليس في كثير من النسخ لفظ قال- م: (**ولا يحبس فيهما**) ش: أي في الحدود ، وفي بعض النسخ فيهما أي في حد القذف والقصاص م: (**حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي**) ش: أي يعرف كونه عدلاً قيد به لأنه لو كان مجهولاً لا يحبسه م: (**لأن الحبس للتهمة هاهنا**) ش: التهمة بضم التاء وفتح الهاء ، ويجوز بالإسكان أيضًا .

وقال ابن الأثير : التهمة فعلة من الوهم والتاء بدل من الواو وقد تفتح الهاء واتهمته أي ظننت فيه ما نسب إليه ، من وهمت الشيء أهمه وهمًا من باب ضرب أي وقع في خلدي والوهم ما يقع في القلب من الخاطر ، ومعنى الحبس للتهمة تهمة الفساد وهنا للاحتياط وشهادة المستورين تصلح لإثبات الحكم فيصلح لإثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات فيثبت بشهادة العدل التهمة وإن لم تثبت أصل الحق ، والحبس لتهمة الفساد مشروع، لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ أنه حبس رجلاً بالتهمة .

م: (**والتهمة تثبت بأحد شطري الشهادة إما العدد أو العدالة**) ش: العدد اثنان ، والعدالة في الواحد وقد مر أن الحبس للتهمة من باب دفع الفساد وهو من الديانات فيثبت بأحد شطريها م: (**بخلاف الحبس في باب الأموال**) ش: حيث لا يحبس فيه بشهادة الواحد م: (**لأنه**) ش: أي لأن الحبس م: (**أقصى عقوبة فيه**) ش: أي في باب الأموال م: (**فلا يثبت إلا بحجة كاملة**) ش: فلا يجوز أن يعاقب به قبل ثبوت الحدود والقصاص به ، أما في الحدود والقصاص والتعزير أقصى العقوبة

وذكر في «أدب القاضي» أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة . قال : والرهن والكفالة جائزان في الخراج ؛ لأنه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما . قال : ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب وأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان ؛ لأن موجبه التزام المطالبة وهي متعددة ،

القتل ، إذ الضرب والحبس نوع عقوبة ، فجاز أن يعاقب به قبل ثبوت الحد والقصاص م: **(وذكر في أدب القاضي)** ش: ذكر على صيغة المجهول م: **(أن على قولهما)** ش: أي على قول أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: **(لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة)** ش: يعني أن عندهما لما كانت الكفالة ثابتة في الحدود والقصاص لم تقع الحاجة إلى الحبس ، لأن الاستيثاق يحصل بالكفالة . وعند أبي حنيفة - رحمه الله - لا كفالة فيها جبرًا فيحبس كي يشهد عليه الشهود العدول .

م: **(قال)** ش: أي قال محمد في «الجامع الصغير» : م: **(والرهن والكفالة جائزان في الخراج لأنه)** ش: أي لأن الخراج م: **(دين مطالب به)** ش: **ألا ترى أنه يحبس به ويلازم لأجله** ومنع وجوب الزكاة فيجوز الكفالة والرهن به كسائر الديون ، كذا في «الفوائد الظهيرية» .

فإن قيل : يشكل على هذا الزكاة فإنه دين مطالب من جهة العباد في الأموال الظاهرة الإمام، وفي الباطنة نائبه وهو المالك كما مر في الزكاة ، ولا يجوز الكفالة بدين الزكاة .

قلنا : قال التمرتاشي : إنما لا يصح لأن الزكاة ليست بدين بل هو تمليك المال ، ولهذا لا يؤخذ من تركته عندنا بخلاف الخراج ، فإنه يؤخذ من تركته .

م: **(ممكن الاستيفاء)** ش: راجع إلى الرهن ، لأن الرهن توثيق لجانب الاستيفاء فهذا من باب اللف والنشر الغير مرتب ، لأن قوله : دين يطالب به يرجع إلى الكفالة م: **(فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما)** ش: المراد بالعقد الكفالة والرهن وموجب الكفالة كونها مشروعة لتحمل المطالبة ، وموجب الرهن كونه مشروعًا بمضمون يمكن استيفاؤه من الرهن والضمير في عليه يرجع إلى الخراج ، وفي فيهما يرجع الرهن والكفالة .

م: **(قال)** ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: **(ومن أخذ من رجل كفيلاً بنفسه ثم ذهب وأخذ منه كفيلاً آخر فهما كفيلان)** ش: أي ذهب الطالب وأخذ من المطلوب وهو المديون كفيلاً آخر فهما أي الأول والثاني كفيلان م: **(لأن موجبه)** ش: أي موجب عقد الكفالة م: **(التزام المطالبة وهي متعددة)** ش: ألا ترى أنهما لو كفلا جميعًا بنفسه معًا جاز ، فكذا إذا كفلا على التعاقب ثم أسلم أحدهما نفس الأصيل إلى الطالب برئ هو دون الآخر وليس هذا كالدين ، فإنه لو قضى أحد الكفيلين لدين واحد يبرآن وفي «التفاريق» : والكفلاء الثلاثة في العقد الواحد

والمقصود التوثق ، وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان . وأما الكفالة بالمال فجائزة ، معلوماً كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً ، مثل أن يقول : تكفلت عنه بألف ، أو بما لك عليه ، أو بما يدركك في هذا البيع ؛ لأن مبنى الكفالة على التوسع فيحتمل فيها الجهالة ،

أيهم سلم الأصيل كتسليمهم .

وفي « الشافي » : ثلاثة كفلوا بألف طالب كل واحد بثلث الألف ، وإن كفلوا على التعاقب يطالب كل واحد بالألف ، كذا ذكره شمس الأئمة والمرغيناني والتمرتاشي ، ومذهب الشافعي لا يتأتى هنا لأن الكفالة بالنفس عنده لا تصح كذا قاله الأترازي ، وفي قول بن أبي ليلى يرى الكفيل الأول م: **(والمقصود)** ش: من عقد الكفالة م: **(التوثيق ، وبالثانية)** ش: أي وبالكفالة الثانية م: **(يزداد التوثق فلا يتنافيان)** ش: أي الكفالتان .

فإن قيل : لما أخذ الطالب والمطلوب وأخذ منه كفيلاً فقد صار مستوفيًا للنفس حين صارت في يده فلم لا يبرأ الكفيل الأول بمنزلة الكفيل بالدين إذا أخذ الطالب من المطلوب الدين برئ الكفيل .

قيل له : لأن الطالب إذا أخذ الدين لم يبق له حق ، وهاهنا حقه باق وتسليم النفس إليه يحتاج إليه في كل وقت حتى يستخرج حقه ، انتهى .

قلت : نفس السؤال دليل ابن أبي ليلى على قوله برئ الكفيل الأول ، والجواب جواب عنه فافهم .

م: **(وأما الكفالة بالمال)** ش: لما قسم المصنف الكفالة على قسمين كفالة بالنفس وكفالة بالمال وبين الأول فشرع في بيان الثاني بقوله م: **(فجائزة)** ش: وهو جواب أما ، وهذا لا خلاف فيه إذا كان المال معلومًا ، وأما إذا كان المال مجهولاً فكذلك جائز عندنا ، وهو معنى قوله م: **(معلومًا كان المكفول به أو مجهولاً)** ش: وقال الشافعي لا يجوز : إذا كان مجهولاً ، وصورة المعلوم مثل قوله تكفلت عنه بألف ، وصورة المجهول مثل قوله : تكفلت عنه بمالك عليه . والآن بينه المصنف - رحمه الله - ولكن فيه شرط عندنا ، أشار إليه بقوله م: **(إذا كان دينًا صحيحًا)** ش: احترز به عن بدل الكتابة ويجيء الآن أيضًا م: **(مثل أن يقول : تكفلت عنه بألف)** ش: هذا صورة المعلوم م: **(أو بما لك عليه)** ش: أي أو قال: تكفلت عنه بما لك عليه ، وهذا هو صورة المجهول م: **(أو بما يدركك في هذا البيع)** ش: أي أو يقول : تكفلت عنه بما يدركك من العوارض في هذا البيع م: **(لأن مبنى الكفالة على التوسع)** ش: لأنها تبرع ابتداء فلا يمنع صحتها الجهالة المستدركة اليسيرة م: **(فيحتمل فيها)** ش: أي في الكفالة م: **(الجهالة)** ش: أي جهالة المكفول به ، وبقولنا قال مالك وأحمد والشافعي في القديم . وقال في الجديد : لا يصح ضمان المجهول وهو قول الليث والثوري وابن

وعلى الكفالة بالدرك إجماع ، وكفى به حجة ، وصار كما إذا كفل لشجة صحت الكفالة وإن احتملت السراية أو الاقتصار . وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ، ومراده أن لا يكون بدل الكتابة ، وسيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى . قال : والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل ، وإن شاء طالب كفيله لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة ، وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه ،

أبي ليلى وابن المنذر قالوا لأنه التزام ، قال : فلم يصح مجهولاً كالثمن في البيع . ولنا قوله تعالى : ﴿ ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ (يوسف : الآية ٧٢) . لأن حمل البعير يختلف باختلاف البعير ، وعموم قوله عليه السلام : «الزعيم غارم ».

م: (**وعلى الكفالة بالدرك إجماع**) ش: إجماع مبتدأ وخبره هو قوله : مقدمًا على الكفالة بالدرك ، وأراد به زيادة الإيضاح على صحة الكفالة بجهالة المكفول به فإنه يصح بالإجماع وفي «الأقطع» : ونص الشافعي على جواز ضمان الدرك ، وهو عبارة عن ضمان الاستحقاق وهو مجهول ، وهو أن يقول للمشتري : أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد والدرك بتحريك الراء وتسكينها التبعة ، يقال : ما لحقك من درك فعلي خلاصه .

فإن قيل : هذا ضمان مال مجهول فلا يصح كما لو قال : ضمنت لك بعض مالك على فلان . فقيل له: هذا يصح عندنا والخيار فيه إلى الضامن يبين أى مقدار شاء م: (**وكفى به**) ش: أي بالإجماع م: (**حجة**) ش: والإجماع من أقوى الحجج م: (**وصار**) ش: أي حكم هذا المذكور م: (**كما إذا كفل لشجة**) ش: أي خطأ م: (**صحت الكفالة**) ش: مع أن فيها جهالة .

م: (**وإن احتملت السراية**) ش: إلى النفس م: (**أو الاقتصار**) ش: عليه بدون السراية بخلاف الكفالة بشجة عمدًا لأن فيها القصاص ولا تصح الكفالة بالقصاص م: (**وشرط**) ش: أي القدوري م: (**أن يكون**) ش: المكفول به م: (**دينًا صحيحًا**) ش: وذلك في قوله : وأما الكفالة بالمال فجائزة معلومًا كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان دينًا صحيحًا ، وهذا لفظ القدوري في «مختصره» م: (**ومراده**) ش: أي مراد القدوري من قوله إذا كان دينًا صحيحًا م: (**أن لا يكون بدل الكتابة**) ش: لأن الكفالة ببدل الكتابة لا تصح ، لأنه ليس بدين صحيح ، لأن الدين الصحيح لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء فيسقط بدل الكتابة بدونهما بتعجيز النفس م: (**وسيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى**) ش: في كتاب المكاتب .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل**) ش: أي الدين م: (**وإن شاء طالب كفيله ؛ لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة ، وذلك يقتضي قيام الأول**) ش: أي الذمة الأولى م: (**لا البراءة عنه**) ش: أي لا يستدعي البراءة عنها خلافًا لما يقول ابن

إلا إذا شرط فيه البراءة ، فحينئذ تنعقد حوالة اعتباراً للمعنى كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل يكون كفالة . ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما ؛ لأن مقتضاه الضم، بخلاف المالك إذا اختار تضمين أحد الغاصبين ، لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك من الثاني ، أما المطالبة بالكفالة فلا يتضمن التمليك فوضح الفرق . قال :

ويجوز تعليق الكفالة بالشروط ، مثل أن يقول : ما بايعت فلاناً فعلي أو ما ذاب لك

أبي ليلى : إن الكفالة توجب براءة الأصيل . وقال الكاكي : قوله وإن شاء طالب الكفيل . قاله أكثر العلماء ، وعن مالك في رواية عنه أنه لا يطالب الكفيل إلا إذا تعذر المطالبة عن الأصيل م: (**إلا إذا شرط فيه البراءة**) ش: أي إلا إذا شرط في عقد الكفالة براءة الأصيل م: (**فحينئذ تنعقد**) ش: أي الكفالة م: (**حوالة اعتباراً للمعنى**) ش: وهو أنه أتى بخاصية الحوالة .

فإن نوى على ما في الكفيل يرجع على الأصيل عندنا خلافًا للشافعي والثوري بأحد الأمور الثلاثة ، وسيجيء بيانه في «كتاب الحوالة» إن شاء الله تعالى .

م: (**كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها**) ش: أي بالكفالة م: (**المحيل يكون كفالة ، ولو طالب أحدهما**) ش: أي ولو طالب المفكول له أحد الاثنين وهما الكفيل والأصيل م: (**له أن يطالب الآخر**) ش: لأن مطالبة أحدهما لا تسقط مطالبة الآخر م: (**وله أن يطالبهما**) ش: أي الكفيل والأصيل جميعًا م: (**لأن مقتضاه**) ش: أي مقتضى عقد الكفالة م: (**الضم**) ش: أي ضم الذمة إلى الذمة .

م: (**بخلاف المالك**) ش: أي مالك الشيء الذي غصب منه غاصب وغصب من الغاصب غاصب آخر م: (**إذا اختار تضمين أحد الغاصبين**) ش: وهما الغاصب وغاصب الغاصب فليس له أن يضمن الآخر بعد ذلك م: (**لأن اختياره**) ش: أي اختيارالمالك تضمين م: (**أحدهما**) ش: أي أحد الغاصبين م: (**يتضمن التمليك منه**) ش: أي من الذي اختار تضمينه يعني إذا قضى القاضي بذلك، كذا في« المبسوط» م: (**فلا يمكنه التمليك من الثاني**) ش: أي من الغاصب الثاني ، لأنه من المحال أن يملك العين الواحدة جميعًا لاثنين في زمان واحد م: (**أما المطالبة بالكفالة فلا يتضمن التمليك**) ش: ما لم يوجد الاستيفاء حقيقة فلا يمنع مطالبة أحدهما مطالبة الآخر م: (**فوضح الفرق**) ش: بين المسألتين .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول : ما بايعت فلانًا فعلي**) ش: قيد بقوله : فلانًا ليصير المكفول له معلومًا ، إذ جهالته تمنع صحة الكفالة ، حتى لو قال : ما بايعت من الناس فأنا لذلك ضامن لا يجوز لجهالة المكفول عنه والمكفول به فتفاحشت الجهالة ، بخلاف الأول . لأن الجهالة فيه يسيرة متحملة ، كذا في «الإيضاح» م: (**أو ما ذاب لك**)

عليه فعلي ، أو ما غصبك فعلي ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾ (يوسف : الآية٧٢) . والإجماع منعقدعلى صحة ضمان الدرك . ثم الأصل أنه يصح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله : إذا استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله : إذا قدم زيد وهو مكفول عنه ، أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله : إذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه ، فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله : إن هبت الريح أو جاء المطر ، وكذا إذا جعل واحداً منهما آجلاً إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالاً ؛ لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة

ش: أي أو يقول ما ذاب لك أي ما وجب وثبت لك م: (**عليه**) ش: أي على فلان فهو م: (**فعلي**) ش: ولفظ ذاب مستعار من ذوب الشحم ، كذا في« المغرب» .

م: (**أو ما غصبك**) ش: أي أو يقول: ما غصبك فلان أي ما غصب منك م: (**فعلي**) ش: أي فهو علي ، والياء مشددة في لفظة علي في ثلاث مواضع م: (**والأصل فيه**) ش: أي في باب تعليق الكفالة بالشروط الملائمة م: (**قوله تعالى** : ﴿ **ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم** ﴾ (**يوسف : الآية ٧٢**)) ش: فإنه يدل على أن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ، إذ حمل البعير مجهول ، وقد مر بيانه .

والأصل فيه أن شرائع من قبلنا تلزمنا ما لم ينص الله تعالى على إنكاره م: (**والإجماع منعقد على صحة ضمان الدرك**) ش: أي الإجماع انعقد على صحة ضمان الدرك، وقد مر الكلام فيه عن قريب .

م: (**ثم الأصل**) ش: في هذا الباب م: (**أنه يصح تعليقها**) ش: أي تعليق عقد الكفالة م: (**بشرط ملائم لها**) ش: لمقتضى العقد م: (**مثل أن يكون شرطًا لوجوب الحق كقوله : إذا استحق المبيع**) ش: فأنا ضامن لذلك م: (**أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله : إذا قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله : إذا غاب عن البلدة**) ش: أي إذا غاب المكفول عنه عن البلدة فأنا ضامن لك بما عليه م: (**وما ذكر من الشروط**) ش: أي في أصل المسألة مثل: ما بايعت ، وما ذاب ، وما غصب م: (**في معنى ما ذكرناه**) ش: أي بمعنى الأصل الذي ذكرناه وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به .

م: (**فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط**) ش: يعني غير ملائم م: (**كقوله إن هبت الريح**) ش: فأنا كفيل لك بما عليه م: (**أو جاء المطر**) ش: أي إن جاء المطر فأنا كفيل م: (**وكذا**) ش: أي وكذا لا يصح م: (**إذا جعل واحدًا منهما آجلاً**) ش: يعني إذا جعل هبوب الريح أو مجيء المطر آجلاً لكفالة يبطل الأجل م: (**إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالاً ؛ لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشروط لا تبطل بالشروط الفاسدة**) .

....

وقال الكاكي : قوله إلا أن تصح الكفالة إلى آخره ، اعلم أن في هذا اللفظ نوع اشتباه ، لأنه إن أراد بقوله لما يصح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة ابتداء تعليق الكفالة بالشرط ، فإن هناك لا يصير كفيلاً أصلاً ، ذكره في «المبسوط» ، وإن أراد بهذا اللفظ تأجيل الكفالة إلى هذه الشروط الفاسدة فهذا تأجيل .

والتأجيل غير التعليق ذكره في «فتاوى قاضي خان» ، فكيف يصح تعليله بقوله : لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة ، إلا إن أراد بالتعليق التأجيل بجامع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال فحينئذ يصح ، وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ «المبسوط»، فإنه ذكرها هكذا وذكر التعليق وأراد التأجيل .

وقال الأكمل هنا : وفي كلامه نظر من أوجه :

الأول : أن قوله : لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعليق لا نفي جواز الكفالة، مع أن الكفالة لا تجوز .

الثاني : أن قوله : وكذا إذا جعل معطوفًا على قوله : فأما لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح إذا جعل ولا يخلو أما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة ، إذ لم يذكر المصنف ثالثًا. والأول لا يجوز إذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق إذا جعل كل واحد منهما آجلاً ، والثاني كذلك لقوله: بعده إلا أنه تصح الكفالة .

والثالث أن الدليل لا يطابق المدلول لأن المدلول بطلان الأجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشروط الفاسدة ، ومع ذلك فليس بمستقيم ، لأنها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسألة .

ويمكن أن يجاب عن الأول بأن حاصل الكلام ينفي جواز الكفالة المعلقة بهما ، والمجموع ينتفي بانتفاء جزئه ، لا يقال نفي الكفالة المؤجلة كنفي المعلقة ، ولا تنتفي الكفالة بانتفاء الأجل، لأن الإيجاب المعلق نوع إذ التعليق يخرج العلة عن العلية ، كما عرف في موضعه ، والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه.

وعن الثاني بأن فاعل يصح المقدر وهو الأجل ، وتقديره وكما لا يصح الأجل إذا جعل كل واحد منهما أجلاً .

وعن الثالث بأن المراد بالتعليق بالشرط الأجل مجازًا بقرينة قوله ويجب المال حالاً ، وتقديره لأن الكفالة لما صح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالأجل الفاسد كالطلاق والعتاق ، ويجوز المجاز وعدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما.

كالطلاق والعتاق . فإن قال : تكفلت بما لك عليه فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل ؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به . وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به ؛ لأنه منكر للزيادة ، فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله ؛ لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه .ويصدق في حق نفسه لولايته عليها .

م: (**كالطلاق والعتاق**) ش: أي كما أن الشرط المجهول في الطلاق والعتاق يبطل ويصح الطلاق والعتاق بأن قال: أعتقت عبدي، أو قال: طلقت امرأتي إلى قدوم الحاج أو الحاصد أو القطاف م: (**فإن قال : تكفلت عنه بما لك عليه**) ش: فإن قال شخص لآخر: تكفلت عنه بما لك عليه من المال م: (**فقامت البينة بألف عليه ضمنه الكفيل**) ش: أي ضمن الألف الكفيل م: (**لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة فيتحقق ما عليه**) ش: أي ما على الكفيل م: (**فيصح الضمان به**) ش: فصار كأنه ضمن بالألف الذي عليه فلزمه ذلك م: (**وإن لم تقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به**) ش: لأنه مال مجهول لزمه بقوله فالقول قوله ، كما لو أقر بشيء مجهول م: (**لأنه منكر للزيادة**) ش: فالقول قول المنكر مع يمينه كالمدعى عليه بالمال م: (**فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك**) ش: أي مما يعترف به الكفيل م: (**لم يصدق على كفيله ؛ لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها**) ش: أي على نفسه .

والحاصل أن إقرار المكفول عنه تضمين شيئين ، أحدهما على نفسه ، والآخر على الكفيل فيصدق في إقراره على نفسه ، لأن له ولاية على نفسه ، ولا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه .

وفي «الشامل» ما ذاب لك على فلان فهو علي أو ثبت أو ما قضي عليه فأقر المطلوب يلزم الكفيل إلا قوله ما قضي عليه لم يلزمه إلا أن يقضي القاضي . ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضي لم يلزمه الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل بدل ، وقال الكاكي : قوله ولا ولاية له عليه.

فإن قيل : يشكل هذا بما يكفل بما ذاب له على فلان ثم بعد ذلك قال الطالب : هو ألفان وقال المطلوب ألف ، وقال الكفيل : لا شيء لك عليه فيلزم هناك على الكفيل ألف التي أقر بها الطالب مع أنه لا ولاية له على الكفيل ، ذكره في «المبسوط » .

قلنا : هذا إيجاب المال على الكفيل بكفالته لا بقوله المطلوب لأنه لما قيد الكفالة بالذوب مع علمه أن الذوب قد يحصل عليه بإقراره وقد صار ملتزمًا ذلك لكفالته ، وهذا استحسان ، وفي القياس لا يجب على الكفيل شيء كما في مسألتنا لإنكاره الوجوب على المطلوب ، كذا في

قال : وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا ، ولأنه التزام المطالبة ، وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ، ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي به ، فإن تكفل عنه بأمره رجع بما أدى عليه ؛ لأنه قضى دينه بأمره . وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه ، وقوله : رجع بما أدى : معناه إذا أدى ما ضمنه ، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن ؛

«المبسوط» .

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا**) ش: وهو قوله عليه السلام : الزعيم غارم م: (**ولأنه التزام المطالبة ، وهو تصرف في حق نفسه ، وفيه نفع الطالب ، ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع ، إذ هو**) ش: أي الرجوع م: (**عند أمره**) ش: أي أمر المطلوب م: (**وقد رضي به**) ش: أي رضي المكفول عنه بالرجوع عليه هذا جواب لإشكال يقال : لم قلتم إن في الكفالة نفعًا للمكفول عنه أو لا ضرر عليه . ورجوع الكفيل عليه بما أدى ضرر فقال لا نسلم أنه ضرر مع وجود الرضا بالرجوع ، م: (**فإن تكفل عنه بأمره رجع بما أدى عليه**) ش: أي رجع بما أدى للمكفول له على المكفول عنه بالإجماع . وفي « النهاية» ليس على إطلاقه بل مقيد بما إذا كان الأمر وهو المطلوب ممن يجوز إقراره على نفسه بالديون ويملك المتبرع ، حتى لو كان المطلوب صبيًا محجوراً وأمر رجلاً بأن يكفل عنه فالكفالة صحيحة ، ولكن لو أدى الكفيل ما أمره به لا يرجع على الصبي الآمر ، وكذا الحكم في العبد المحجور ، ذكره في «التحفة» .

وفي «أحكام الصغار» للإستروشني : لو كان الصبي مأذونًا له صح أمره ويرجع الكفيل بما أدى عليه بصحة أمره بالأذن ، وفي « شرح الأقطع » وهذا الذي ذكره المصنف إنما يصح إذا قال : اضمن عني لفلان كذا ، فإن قال : له اضمن الألف التي لفلان علي لم يرجع عليه عند الأداء ، لأن قوله اضمن يحتمل أن يكون على وجه التبرع وأن يكون غيره فلا يجوز إيجاب الضمان إلا بلفظ مختص به ، فإذا قال : اضمن عني دل على الضمان فلزمه ولا يلزم غيره بالشك ، ولكن هذا الذي ذكره مذهب أبي حنيفة ومحمد -رحمهما الله- ، خلافًا لأبي يوسف .

م: (**لأنه قضى دينه بأمره**) ش: أي لأن المأمور قضى دين الآمر بأمره فيرجع عليه م: (**وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه لأنه متبرع بأدائه**) ش: وبه قال الشافعي ، وأحمد -رحمه الله- في رواية . وقال مالك ، وأحمد في رواية : يرجع كما لو كفل بأمره م: (**وقوله رجع بما أدى معناه**) ش: أي قول القدوري يرجع بما أدى معناه م: (**إذا أدى ما ضمنه ، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن**) ش: لا بما أدى ، حتى لو كفل بالجياد وأدى الزيوف ويجوز للطالب أن يرجع على المطلوب

لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث ، وكما إذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا في الحوالة ، بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء ، وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة؛ لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل .

بالجياد . ولو كفل بالزيوف وأدى بالجياد رجع بالزيوف م: **(لأنه)** ش: أي لأن الكفيل م: **(ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب كما إذا ملكه بالهبة)** ش: **يعني ملك إذن الكفيل المكفول به بأن يهبه** المكفول له الكفيل يرجع الكفيل على المكفول عنه بالمكفول .

فإن قيل : هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا يجوز إذا لم يأذنه بقبضه ، وأما إذا أذنه بقبضه يجوز استحسانًا ، وهاهنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب فيصح هبة أو يجعل ذلك نقل الدين إليه فيقضي الهبة فتصير هبة لمن عليه الدين م: **(أو بالإرث)** ش: بأن مات المكفول له فورثه الكفيل يرجع على المكفول عنه بالمكفول به كما لو ملك ذلك بالأداء .

م: **(وكما إذا ملكه المحتال عليه)** ش: يعني إذا أحال المديون غريمه على رجل ليس للمديون على رجل دين فتقبل الحوالة فأدى يرجع المحتال عليه على المحيل بما يضمن لا بما أدى ، لأنه ملك الدين بالأداء كالكفيل م: **(بما ذكرنا في الحوالة)** ش: أي في حوالة كفاية المنتهى م: **(بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء)** ش: هذا جواب كفل تقديره الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه ، وحينئذ لا فرق بيه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع بما أدى ، فكذلك **الكفيل** وتوجيهه أن يقال : المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الآمر شيء ، حيث لم يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالأداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن ، وإنما الرجوع بحكم الآمر بالأداء فلا بد من اعتبارهما .

فلو أدى الزيوف عن الجياد ويجوز له ذلك رجع بها دون الجياد ، لأن أداء المأمور به لم يوجد ، وإن عكس فكذلك لأن الآمر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعًا بها ، فقوله : رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح .

م: **(وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسمائة)** ش: حيث يرجع بما أدى وهو خمسمائة لا بما ضمن وهو الألف م: **(لأنه إسقاط)** ش: عن بعض الدين وليس مبادلة ، إذ لو جعل مبادلة لكان ربًا ، وإن كان إسقاطًا للبعض م: **(فصار كما إذا أبرأ الكفيل)** ش: أي أخذ من الكفيل خمسمائة وأبرأ نفسه بدفع خمسمائة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه بما أدى وهو خمسمائة لا بما ضمن ، وكذا إذا أبرأ الكفيل عن مجموع الدين لا يرجع على المكفول عنه ، فكذا إذا صالح الكفيل إياه على بعض الدين لأنه جمع بالباقي مطلقًا باعتبار البعض بالكل .

قال : وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه ؛ لأنه لا يملكه قبل الأداء .بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية . قال:فإن لوزم بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه ، وكذا إذا حبس كان له أن يحبسه لأنه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله . وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل ؛ لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل ، لأن الدين عليه في الصحيح . وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصيل عنه لأنه تبع ، ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه

م: (قال) ش: أي القدوري : م: (**وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه ، لأنه لا يملكه**) ش: أي لأن الكفيل لا يملك الدين م: (**قبل الأداء**) ش: لأن الكفيل كالمقرض ، يعني والمقرض لا يرجع على المستقرض ما لم يقرض م: (**بخلاف الوكيل بالشراء ، حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما**) ش: أي بين الوكيل والموكل م: (**مبادلة حكمية**) ش: ألا ترى أن الملك ينتقل إلى الموكل من جهة الوكيل ، ولهذا يتحالفان إذا اختلفا في الثمن ، وللوكيل بالشراء حبس المبيع بالثمن فلا تثبت المبادلة الحكمية وكان الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري فللبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن ، فكذا الوكيل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري- رحمه الله- م: (**فإن لوزم**) ش: أي الكفيل م: (**بالمال كان له أن يلازم المكفول عنه حتى يخلصه**) ش: أي حتى يخلص المكفول عنه الكفيل ؛ لأن الأصيل هو الذي أوقعه في هذه الورطة فعليه خلاصه عنها م: (**وكذا إذا حبس كان له**) ش: أي الكفيل م: (**أن يحبسه**) ش: أي أن يحبس المكفول عنه م: (**لأنه لحقه**) ش: أي لحق الكفيل م: (**ما لحقه من جهته**) ش: أي من جهة المكفول عنه م: (**فيعامله بمثله**) ش: أي فيقابل الكفيل المكفول عنه بمثل ماقابله .

وبقولنا قال الشافعي -رحمه الله- في وجه ، ومالك وأحمد -رحمهما الله- إذا كانت الكفالة بأمره ، قال الشافعي في الأصح : لا يحبسه .

م: (**وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه**) ش: يعني أخذ الذي كان عليه م: (**برئ الكفيل، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل**) ش: بلا خلاف بين الفقهاء بخلاف ما إذا كفل بشرط الأصيل فبراءته لا توجب براءة الكفيل ، لأنه في معنى الحوالة ، والاعتبار للمعاني لا للعبارة .

م: (**لأن الدين عليه**) ش: أي على المكفول عنه م: (**في الصحيح**) ش: أي في القول الصحيح، وهو احتراز عن قول بعض المشايخ حيث قالوا : الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في الدين فوجب أصل الدين في ذمة الكفيل وقد مر هذا في أول الكتاب .

م: (**وإن أبرأ الكفيل**) ش: أي وإن أبرأ المكفول له الكفيل عن الدين م: (**لم يبرأ الأصيل عنه لأنه تبع ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصيل بدونه**) ش: أي بدون المطالبة على تأويل الطلب

جائز . وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل ؛ لأن التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد ، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلاً إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة ، فصار

م: (جائز) ش: وفي «شرح الطحاوي »:

وإذا أبرأ المكفول له المطلوب عن الدين وقبل ذلك برئ الأصيل والكفيل جميعًا، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل وبراءة الأصيل، إلا أنه اشترط في ذلك، قوله : أو بموت قبل القبول أو الرد فقام ذلك مقام القبول، ولو رده ارتد وأدين الطالب على حاله .

واختلف مشايخنا في ذلك أن الدين هل يعود إلى الكفيل أم لا ؟قال بعضهم: يعود وقال بعضهم : لا يعود ،ولو أبرأ الكفيل صح الإبراء قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الأصيل . ولو وهب الدين أو تصدق عليه يحتاج إلى القبول .

فإن قيل : كان له أن يرجع على الأصيل كما إذا أدى وفي الكفيل حكم إبرائه والهبة تختلف ففي الإبراء لا يحتاج إلى القبول .

وفي الهبة والصدقة يحتاج إلى القبول. وفي الأصل يتفق حكم إبرائه والهبة والصدقة فيحتاج إلى القبول في الكل .ولو كان الإبراء والهبة والصدقة بعد موته فقبل ورثته صح وبرد ورثته ارتد وبطل الإبراء عند أبي يوسف ، لأن الإبراء بعد الموت إبراء للورثة ، وقال محمد: لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات .

م: (**وكذا إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيراً عن الذي عليه الأصل**) ش: وهو المكفول عنه ولا نعلم فيه خلاف م: (**لأن التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد**) ش: .

فإن قيل : الإبراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والمؤقت يرتد برده ، وبرد الأصيل يرتدان كلاهما، والرواية في التتمة فكيف يعتبر المؤقت بالمؤبد ؟

قلنا : كلامنا في السقوط والثبوت ، أما قبول الارتداد وعدم قبوله حكم آخر سوى ما نحن فيه ، فلا يلزم من اعتبارهما حكم اعتبارهما في جميع الأحكام م: (**بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلاً**) ش: نصب على الحال من قوله كفل م: (**إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصيل**) ش: .

وقال الشافعي وأحمد ومحمد - رحمهم الله - في رواية- : لا يتأجل على الأصيل بل يتأجل على الكفيل م: (**لأنه**) ش: أي لأن الطالب م: (**لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار**

الأجل داخلاً فيه ، أما ها هنا فبخلافه . فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل ؛ لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين ، وهي على الأصيل فبرئ عن خمسمائة لأنه إسقاط ، وبراءته توجب براءة الكفيل ، ثم برئا جميعاً عن خمسمائة بأداء الكفيل ، ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره ، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكمية فملكه فيرجع بجميع الألف .ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصيل ؛ لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة . قال : ومن قال لكفيل ضمن له مالاً : قد برئت إلي من المال رجع الكفيل على المكفول عنه، معناه بما ضمن له بأمره ؛ لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فيكون هذا إقرارًا بالأداء فيرجع .

الأجل داخلاً فيه) ش: لأنه أضاف الأجل إلى نفس الدين لأنه لا شيء سوى الدين حتى يصرف الأجل فيه فصار التأجيل وصفًا لأجل الدين فيظهر الأجل في حقهما ضرورة . م: **(أما هاهنا فبخلافه)** ش: يعني فيما كفل حالاً ، ثم أخر عنه الطالب لم يكن ذلك تأخيرًا عن الأصيل .

وفي «الفتاوى الصغرى» : الكفيل بالدين المؤجل إذا أدى قبل حلول الأجل لا يرجع على المكفول عنه حتى يحل الأجل م: **(فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسمائة فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل)** ش: وهو الدين م: **(لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين ، وهي على الأصيل فبرئ عن خمسمائة لأنه إسقاط ، وبراءته توجب براءة الكفيل ، ثم برئا جميعًا عن خمسمائة بأداء الكفيل ، ويرجع)** ش: أي م: **(الكفيل على الأصيل بخمسمائة إن كانت الكفالة بأمره)** ش: وإن كانت بغير أمره لا يرجع وإن صالحه مطلقًا أو أبرأه بطلت المطالبة عن الكفيل وبقي الحق على الأصيل ، وكذا قال فخر الإسلام وغيره .

م: **(بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر)** ش: أي صالح عن ألف هي دراهم على ثوب مثلاً حيث يرجع الكفيل إذا أدى بجميع الألف م: **(لأنه مبادلة حكمية)** ش: وهو جعل الثوب بدل الألف م: **(فملكه)** ش: أي فملك الألف م: **(فيرجع بجميع الألف)** ش: هذا نتيجة ملك الألف م: **(ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة)** ش: الذي استوجب بالكفالة هو المطالبة م: **(لا يبرأ الأصيل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة)** ش: لأن هذا فسخ الكفالة لا إسقاط لأصل الدين .

م: **(قال)** ش: أي محمد -رحمه الله- في « الجامع الصغير» م: **(ومن قال لكفيل ضمن له مالاً :قد برئت إلي من المال، رجع الكفيل على المكفول عنه ، معناه)** ش: أي معنى ما قاله محمد -رحمه الله- من قوله : ضمن له مالاً م: **(بما ضمن له بأمره ؛ لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب لا يكون إلا بالإيفاء فيكون هذا)** ش: أي قوله برئت إلي م: **(إقرارًا بالأداء)** ش: أي بالإيفاء م: **(فيرجع)** ش: فكأنه قال : استوفيت منك حقي فإذا أقر الطالب بالإيفاء يرجع

وإن قال : أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه ؛ لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن إقراراً بالإيفاء .ولو قال : برئت قال محمد : هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه والإبراء فيثبت الأدنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك . وقال أبو يوسف : هو مثل الأول لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب ، وإليه الإيفاء دون الإبراء .

الكفيل فكذا هذا .

م: (**وإن قال**) ش: أي الطالب م: (**أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره ، وذلك**) ش: يكون م: (**بالإسقاط فلم يكن إقراراً بالإيفاء**) ش: لأن البراءة في هذه الصورة ابتداؤها من الطالب ، وهذا لا يكون إلا بالإسقاط فإذا أسقط من الكفيل لا يرجع لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل م: (**ولو قال: برئت**) ش: ولم يقل إلي م: (**قال محمد :هو مثل الثاني**) ش: أي مثل قوله: أبرأتك م: (**لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه والإبراء**) ش: ويحتمل البراءة بالإبراء ، فإذا كان كذلك م: (**فيثبت الأدنى**) ش: وهو البراءة بالإبراء لا البراءة بالأداء وهو الإسقاط ، وبقوله قالت الثلاثة م: (**إذ لا يرجع الكفيل بالشك**) ش: هذا نسخة بكلمة أولا يرجع ، والظاهر أن هذا دليل آخر وهو أنه لا يرجع بالشك لاحتمال الأمرين المذكورين فافهم فإن هذا موضع لا يتيقظ فيه كل أحد .

م: (**وقال أبو يوسف: هو مثل الأول**) ش: وهو قوله برئت إلي من المال م: (**لأنه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب**) ش: فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التاء ، وذلك إنما يكون بفعل مضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل قمت وقعدت مثلاً م: (**وإليه**) ش: أي وإلى المطلوب م: (**الإيفاء دون الإبراء**) ش: تقرير هذا أنه أخبر على البراءة بفعل يتعدى عن المطلوب وهو الكفيل إلى الطالب ، وذلك بالإيفاء يكون لأنه هو الذي يتعدى من المطلوب إلى الطالب دون الإبراء إذ الإبراء يتعدى من الطالب إلى المطلوب .

وقيل أبو حنيفة مع أبي يوسف في هذه المسألة ، وكان المصنف اختاره فأخره وهو أقرب الاحتمالين ، فالمصير إليه أولى ، وما قاله محمد إنما يستقيم إذا كان الاحتمالان على السواء وقد يرجح أحد الاحتمالين وهو البراءة بالقبض ، لأنه كالحقيقة والآخر كالمجاز . وقيل: برئت مطاوع أبرأتك فتكون حقيقة أيضًا .

واختلف مشايخنا المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأني المدعي من الدعوى التي يدعي علي يكون إقراراً ، كما لو قال : أبرأني من هذا المال . وقيل لا يكون إقراره لأن الدعوى قد تكون حقًا وباطلاً ، ولو قال الطالب للكفيل : أنت في حل من المال فهو كقوله أبرأتك بإجماع الأئمة الأربعة ، لأن لفظ الحل يستعمل في البراءة بالإبراء دون البراءة بالقبض ، كذا ذكره المحبوبي .

وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل . قال:ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات ، ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح ،

م: (**وقيل في جميع ما ذكرنا**) ش: من الوجوه الثلاثة م: (**إذا كان الطالب حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل**) ش: لأن الأصل في الإجمال الرجوع إلى بيان المجمل .

فإن قيل : المجمل ما لا يمكن العمل به إلا بالبيان ، وهاهنا العمل ممكن في الأوجه الثلاثة بدون البيان على ما ذكرمن وجوه البيان خصوصًا في الوجه الأول ، لأنه بين أن البراءة التي ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها إلى الطالب بمنزلة قوله دفعت إلي وقبضته منك فلا يكون فيه إجمال . وكذا في الشافعي وهذا لا خلاف فيه أنه أبرأ بدون القبض . وفي الوجه الثالث عمل محمد يتعين . وأبو يوسف رجح الإبراء بالقبض فلا يكون مجملاً .

قيل : في جوابه قوله برئت إلي وإن كان بمنزلة الصريح في حق الإيفاء والقبض من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن قال: برئت إلي لأني أبرأتك وإن كان بعيدًا عن الاستعمال وما ذكروا في تعليل الأوجه الثلاثة كله استدلال لاصريح في الإيفاء وغير الإيفاء .

ولهذا جعلت الأئمة الثلاثة الكل الإبراء بدون الإيفاء فكان العمل به عند العجز عن العمل بالصريح ، فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب سقط العمل به بالاستدلال وفيه تأمل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري -رحمه الله- م: (**ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط**) ش: أراد به الشرط الغير المتعارف ، كما إذا قال: إذا جاء غدًا فأنت بريء من الكفالة . حاصله أن المراد به الشرط المحض الذي لا منفعة للطالب فيه أصلاً كدخول الدار ومجيء الغد لأنه غير متعارف ، أما إذا كان متعارفًا يجوز كله في تعليق الكفالة .

فإنه ذكر في «الإيضاح» لو كفل بالمال وبالنفس أيضًا ، وقال: إن وافيتك غدًا فأنت بريء من المال فوافاه غدًا يبرأ من المال .

وكذا لو علق البراءة باستيفاء البعض يجوز أو علق البراءة عن البعض يجوز ذكره في «مبسوط شيخ الإسلام» م: (**لما فيه**) ش: أي تعليق البراءة من الكفالة بالشرط م: (**من معنى التمليك**) ش: ولهذا يرجع الكفيل بما أدى عن المكفول عنه إذا كان بأمره والتمليكات لا يجوز تعليقها بالشروط لإفضائه إلى معنى القمار م: (**كما في سائر البراءات**) ش: لا يجوز فيها التعليق بالشرط م: (**ويروى أنه يصح**) ش: أي أن في تعليق البراءة من الكفالة بالشرط م: (**لأن عليه**) ش: أي على الكفيل م: (**المطالبة دون الدين في الصحيح**) ش: أي في القول الصحيح من المشايخ ، فإذا

فكان إسقاطاً محضاً كالطلاق ، ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد ، بخلاف إبراء الأصيل . وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص ؛ معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد ؛ لأنه يتعذر إيجابه عليه ، وهذا لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة . وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز ؛ لأنه دين كسائر الديون ، وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح ؛ لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن ، والكفالة بالأعيان المضمونة

كان كذلك م: (**فكان**) ش: أي إبراء الكفيل م: (**إسقاطًا محضًا**) ش: والإسقاط المحض يصح تعليقه م: (**كالطلاق**) ش: فإنه إسقاط محض يصح تعليقه بالشرط م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل كونه إسقاطًا محضًا م: (**لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصيل**) ش: فإنه يرتد بالرد م: (**وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص**) ش: هذا لفظ القدوري -رحمه الله- في «مختصره» قوله لا يمكن أي لا يصح ، لأن إمكان الضرب أو جر الرقبة ليس بمنفعة لا محالة لكنه لا يصح شرعًا، وعبر عنه بعدم الإمكان مبالغة في نفي الصحة .

وقال المصنف- رحمه الله- م: (**معناه بنفس الحد**) ش: يعني بنفس الحد لا يجوز م: (**لا بنفس من عليه الحد**) ش: فإن الكفالة بنفس من عليه الحد تجوز ، لأنه تعليق لقوله : معناه بنفس الحد م: (**لأنه**) ش: أي لأن الاستيفاء م: (**يتعذر إيجابه عليه**) ش: أي على الذي يكفل م: (**وهذا**) ش: أي عدم الإيجاب عليه المتعذر م: (**لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة**) ش: لعدم حصول المقصود لأن المقصود الزجر وهو لا يتحقق بالنائب .

م: (**وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز**) ش: هذ لفظ القدوري إنما جاز الكفالة بالثمن . م: (**لأنه دين كسائر الديون**) ش: لأنه دين صحيح يمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة به كما في سائر الديون وكالقرض م: (**وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح**) ش: وهذا أيضًا لفظ القدوري-رحمه الله- وفي بعض النسخ لم يجز م: (**لأنه**) ش: أي لأن المبيع م: (**عين مضمون بغيره وهو الثمن**) ش: .

ولا يمكن أداؤه عن الكفيل إذا هلك فإنه لو هلكت العين سقط الثمن م: (**والكفالة بالأعيان المضمونة**) ش: الأعيان على نوعين أمانة ومضمونة والكفالة بالأمانة لا تصح كالودائع والعواري ومال المضاربة والشركة والعين المستأجرة غير أن العارية والعين المستأجرة واجبة الرد إن كان لها حمل ومؤنة ، بخلاف الودائع ومال المضاربة والشركة فإنها ليست بواجبة الرد بل الواجب التخلية ، فلو كفل بتسليم العارية والمستأجرة صح، أما الأعيان المضمونة فعلى نوعين :

الأول : ما كان مضمونًا بنفسه على معنى أنه يجب رد عينها إن كانت باقية وقيمتها إن هلكت تصح الكفالة وهي كالعين المغصوبة والمقبوض على سوم الشراء والمبيع بيعًا فاسدًا .

وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً ، والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضموناً بغيره كالمبيع والمرهون ، ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة . ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض ، أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن ، أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز لأنه التزم فعلاً واجباً . ومن استأجر دابة للحمل عليها ؛ فإن كانت بعينها لا تصح الكفالة

الثاني : غير مضمون بنفسه بل هو مضمون بغيره كالمبيع في يد البائع ، والمرهون في يد المرتهن ، لأن المبيع مضمون بالثمن والرهن مضمون بالدين لا تصح الكفالة به ، وإذا تكفل بتسليم المبيع صح .

وقال تاج الشريعة : كون الشيء مضمونًا بنفسه أن لا يزول عنه الزمان أصلاً كالمقبوض على سوم الشراء والمغصوب فإنه يجب رد عينه أو قيمته والأعيان المضمونة لغيرها ليست كذلك إذ المبيع لو هلك يهلك على حكم ملك للمالك وينفسخ البيع والإنسان لا يضمن مال نفسه .

م: (**وإن كانت تصح عندنا**) ش: كلمة إن واصلة بما قبله م: (**خلافًا للشافعي**) ش: فإن عنده في وجه لا تصح الكفالة بالأعيان غير ثابتة في الذمة م: (**لكن بالأعيان المضمونة بنفسها**) ش: هذا في محل الخبر عن قوله والكفالة بالأعيان المضمونة إنما تصح إذا كانت مضمونة بنفسها لا مطلقًا ، ومثل لذلك بقوله م: (**كالمبيع بيعًا فاسدًا ، والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان**) ش: يعني لا تصح الكفالة بما كان م: (**مضمونًا بغيره كالمبيع**) ش: فإنه مضمون بالثمن م: (**والمرهون**) ش: فإنه مضمون بالدين م: (**ولا بما كان**) ش: أي ولا تصح الكفالة أيضًا بالشيء يكون م: (**أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ، ومال المضاربة والشركة**) ش: وقد ذكرنا الجميع آنفًا .

م: (**ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض**) ش: أي قبض الدين م: (**إلى الراهن أو بتسليم المستأجر**) ش: بفتح الجيم م: (**إلى المستأجر**) ش: بكسرها م: (**جاز لأنه التزم فعلاً واجبًا**) ش: أي لأن الكفيل التزم فعلاً واجبًا على الأصيل وهو تسليم المبيع والمرهون والمستأجر فلو هلك المبيع أو الرهن أو المستأجر بطلت الكفالة ، ولم يكن على الكفيل شيء لأنه ما ضمن الثمن إلا في المبيع أو القيمة في غيره . وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله : العين في يد الأجير المشتركة مضمونة فتصح الكفالة بهما عندهما خلافًا لأبي حنيفة - رحمه الله - وفي «الذخيرة» الكفالة بتمكين المودع من الأخذ صحيحة ، وكذا الكفالة بتسليم العارية صحيحة لكن بعينها لا تجوز .

وقال «شمس الأئمة» : الكفالة بتسليم العارية باطلة و هذا ليس بصواب ، فقد نص محمد- رحمه الله- في «الجامع» أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة وهكذا في «المبسوط»

بالحمل ؛ لأنه عاجز عنه. وإن كانت بغير عـينها جازت الكفالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه ، والحمل هو المستـحق ، وكذا من استأجر عبـداً للخدمة فكفل له رجل بخدمتـه فهو باطل لما بينا .

قـال : ولا تصح الكفـالة إلا بقبـول المكفـول له في المجلس ، وهذا عند أبي حـنيفـة ومـحمـد - رحمـهما الله- ، وقـال أبو يوسف -رحمـه الله- : يجوز إذا بلغه فـأجاز ولم يشـترط في بعض النسخ الإجازة .

و«الإيضاح» . وقال الأكمل : في قوله وهذا ليس بصواب نظر ، فإن شمس الأئمة ليس ممن لم يطلع على الجامع ، بل لعله قد اطلع على رواية أخرى أقوى من ذلك فـاختـارها ، وفيـه تأمل ، وعند أحمد يجوز ضمان العارية لأنه مضمون عنده كالمغصوب .

م: **(ومن استأجر دابة للحمل عليها فإن كانت)** ش: أي الدابة م: **(بعينها لا تصح الكفالة بالحمل؛ لأنه عاجـز عنه)** ش: أي لأن الكفيل عـاجـز عن تسلم الدابة المعينة لأنها ملك الغيـر والمستـحق الحمل عليـها م: **(وإن كانـت بغير عـينهـا جازت الكفـالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفـسه والحـمل هو المستحق)** ش: يعني إذا لم تكن الدابة بعينها م: **(وكذا)** ش: الحكم في م: **(من استأجـر عبداً)** ش: أي معينًا م: **(للخدمة فكفل له رجل بخدمته هو باطل لما بينا)** ش: إشارة إلى قوله : لأنه عاجز .

م: **(قال : ولا تصح الـكفالة)** ش: سـواء كـانت بالـنفس أو بالمال م: **(إلا بقبـول المكفول له في المجلس)** ش: أي في مجلس عقد الكفالة م: **(وهذا)** ش: أي اشتراط قبول المكفول له م: **(عند أبي حنيفة ومحمد- رحمهما الله-)** ش: وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه م: **(وقال أبو يوسف - رحمـه الله- يجوز)** ش: وبه قـال مـالك وأحـمد والشـافعي -رحـمهـم اللـه- في وجـه م: **(إذا بلغـه فأجاز)** ش: أي إذا بلغ المكفول له بالتكفيل فـأجاز م: **(ولم يشتـرط في بعض النسخ)** ش: أي نسـخ كفالة« المبسوط» م: **(الإجازة)** ش: على قول أبي يوسف رحمه الله . وقال الأكمل : قبل أي نسخ كـفالة «المبـسـوط» وفيـه نبوة ، لأن نسخ كفـالة المبسوط لـم تتـعـدد ، وإنما هي نسـخة واحـدة ، فالموجود في بعضها دون بعض يدل على ترك في بعض أو زيادة في آخر .

قلت : النبوة فيما قاله لا فيما قيل .

وفي «الكافي» واختلفوا في قول أبي يوسف -رحمه الله- فقيل يجوز عنده بوصف التوقف حتى لو رضي به الطالب ينفذ . وقـيل يجوز لو صف النفـاد ، قيل رضـاء الطالب لـيس بشـرط وهو الأصح عنده . وفي «شرح المجمع» وأفتى بعض المشايخ بقـول أبي يوسف -رحـمـه الله- رفقًا بالناس .

وقال الأترازي رحمه الله : والحاصل أن الكفالة بالنفس أو بالمال إذا كانت بحضرة المكفول له والمـكفـول عنه صحـت بالإجـمـاع ، فـإن كـان الطالب غـائبًـا فـهي جـائزة عند أبي يوسف -

والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعًا . له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم ، وهذا وجه هذه الرواية عنه ، ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في النكاح . ولهما أن فيه معنى التمليك، وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعاً ، والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس .

قال: إلا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض

رحمه الله- . وقالا : لا يجوز إلا أن يقبل عنه قابل فيتوقف على إجازته ، كذا في المختلف .

م: (**والخلاف**) ش: بين أبي حنيفة ومحمد-رحمهما الله- وبين أبي يوسف -رحمه الله- م: (**في الكفالة بالنفس والمال جميعًا له**) ش: أي لأبي يوسف- رحمه الله- م: (**إنه**) ش: أي أن عقد الكفالة م: (**تصرف التزام**) ش: للغير م: (**فيستبد به**) ش: أي فينتقل به م: (**الملتزم**) ش: كالإقرار والنذر ، ولهذا يصح مع الجهالة م: (**وهذا**) ش: أي هذا التعليل وهو أنه تصرف التزام م: (**وجه هذه الرواية عنه**) ش: أي عن أبي يوسف- رحمه الله- م: (**ووجه التوقف**) ش: يعني أن وجه الرواية التي أجازت الكفالة عند غيبة المكفول له موقوفة على الإجازة م: (**ما ذكرناه**) ش: في كتاب النكاح م: (**في الفضولي في النكاح**) ش: وهو أن شطر العقد يتوقف على ما وراء المجلس عند أبي يوسف -رحمه الله - والجامع عدم الضرر .

وعندهما لا يتوقف شطر العقد على ما وراء المجلس كما في البيع . حاصل الكلام من جعل الخلاف في التوقف جعله فرعًا للفضولي في النكاح ، إذا تزوج امرأة وليس عنها قابل يتوقف عند أبي يوسف -رحمه الله- على إجازتها فيما وراء المجلس لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد .

م: (**ولهما**) ش: أي ولأبي حنيفة ومحمد- رحمه الله- م: (**أن فيه**) ش: أي في عقد الكفالة م: (**معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه**) ش: أي من المكفول عنه ، كذا قال شيخنا العلاء ثم قال: ويحتمل أن يرجع الضمير إلى الكفيل لأن الكفيل ملك المطالبة للمكفول عنه . وقال تاج الشريعة : منه ، أي من الكفيل . ومتى ثبت معنى التملك لم ينفرد الواحد به لأنه شطر العقد م: (**فيقوم بهما جميعًا**) ش: أي فيقوم التمليك بالكفيل والطالب م: (**والموجود شطره**) ش: أي شطر العقد م: (**فلا يتوقف على ما وراء المجلس**) ش: فعلى هذا لو قبله عن الطالب فضولي توقف على إجازته لوجود شطريه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**إلا في مسألة واحدة**) ش: وهو استثناء من قوله ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس حيث يصح استحسانًا ، والقياس عدمهما على قولهما م: (**وهي أن يقول المريض**) ش: وفي «القدوري » : وهي أن يقول المريض وهذا على الأصل ، لأن الضمير يرجع إلي المسألة .

لوارثه : تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز ؛ لأن ذلك وصية في الحقيقة، ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم، ولهذا قالوا : إنما تصح إذا كان له مال ، أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تفريغًا لذمته وفيه نفع الطالب كما إذا حضر بنفسه ، وإنما يصح بهذا اللفظ ، ولا يشترط القبول

ووجه تذكير الضمير في الكتاب باعتبار المذكور في القدوري أن يقول المريض م: (**لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به**) ش: أي فتكفل الوارث لما عليه من الدين م: (**مع غيبة الغرماء جاز**) ش: حيث تصح استحسانًا م: (**لأن ذلك وصية في الحقيقة**) ش: أي يصير كأنه أوصى إليه بقضاء ديونه فيشترط قبول من أوصى إليه ليصير وصيًا لا قبول غيره ، كذا قاله تاج الشريعة .

وقال الكاكي -رحمه الله - : قيل في تعليل الكتاب بقوله : لأن ذلك وصية في الحقيقة نظرًا إذ لو كان وصية حقيقة لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض ، وقد ذكرنا من «المبسوط» أن هذا لا يصح في حالة الصحة ، إلا أن يأول هذا ويقال لأن ذلك في معنى الوصية في الحقيقة وفيه بعد ، وقد نقل الأكمل هذا ثم قال : مثل هذه العبارة يستعمل عند المحصلين فيما إذا دل لفظ بظاهره على معنى .

وإذا نظرت في معناه يأول إلى معنى آخر وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة وفيه تأمل . وفي «الشامل» الإيصاء بقضاء الدين يصح . وفي -الخلاصة- ثم هذا من المريض يصح وإن لم يسم الدين ولا صاحب الدين وأشار إليه المصنف رحمه الله بقوله : م: (**ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم**) ش: أي ولأجل أن ذاك وصية .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل ذلك أيضًا م: (**قالوا**) ش: أي المشايخ م: (**إنما تصح**) ش: أي عقد الكفالة بدون قبول الطالب م: (**إذا كان له**) ش: أي للمريض م: (**مال**) ش: عند الموت إذ الوصية تصح في المال عند الموت م: (**أو يقال**) ش: إشارة إلى بيان وجه آخر في صحة قول المريض لوارثه: تكفل بما علي من الديون . تقريره أن يقال م: (**إنه**) ش: أي المريض م: (**قائم مقام الطالب**) ش: وهو المكفول له م: (**لحاجته إليه**) ش: أي لحاجة المريض إلى إقامة نفسه مقام الطالب م: (**تفريغًا لذمته**) ش: أي لأجل تفريغ ذمته عن الدين فصار كأن الطالب حضر بنفسه على ما يجيء م: (**وفيه**) ش: أي وفي إقامة نفسه مقام الطالب م: (**نفع الطالب**) ش: وهو حصول حقه إليه ، فصار حكمه م: (**كما إذا حضر**) ش: أي الطالب م: (**بنفسه ، وإنما يصح بهذا اللفظ**) ش: متصل بقوله لأن ذلك وصية ، يعني أن قول المريض : لوارثه تكفل عني أيضًا ، ولهذا تصح إذا لم يكن مال ولكن الإيصاء صح بلفظ الضمان .

م: (**ولا يشترط القبول**) ش: أي قبول المريض ، هذا جواب سؤال مقدر وهو أن يقال : لو

لأنه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهراً في هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح . ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه قال : وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئاً فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة وقالا : تصح ؛ لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ، ولهذا يبقى في حق أحكام الآخرة . ولو تبرع به إنسان وله مال يصح ،

كان المريض نازلاً منزلة الطالب لكان قبوله شرطًا كقبول الطالب . وتقرير الجواب : أنه لا يشترط القبول م: (**لأنه يراد به التحقيق**) ش: أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة م: (**دون المساومة**) ش: نظرًا إلى ظاهر حالته التي هو عليها ، وهو معنى قوله م: (**ظاهرًا في هذه الحالة فصار**) ش: أي فصار هذا م: (**كالأمر بالنكاح**) ش: لو قال لامرأة زوجيني نفسك ، فقالت زوجت نفسي منك يكون ذلك بالقبول فكأنها قالت زوجت ، وقال : قبلت .

م: (**ولو قال المريض ذلك لأجنبي**) ش: أي لو قال المريض لأجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الأجنبي ذلك م: (**اختلف المشايخ فيه**) ش: فمنهم من لم يصحح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بدون الالتزام ، فكان المريض والصحيح في حقه سواء ولو قال الصحيح ذلك لأجنبي أو لوارثه لم يصح بدون قبول المكفول له ، فكذا المريض .

ومنهم من صححه لأن المريض قصد به النظر لنفسه والأجنبي إذا قضى دينه بأمره يرجع في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائمًا مقام الطالب لتضيق الحال عليه بمرض الموت لكونه على شرف الهلاك . ومثل ذلك لا يوجد في الصحيح فأخذناه بالقياس .

م: (**قال**) ش: أي القدوري- رحمه الله- م: (**وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئًا فتكفل عنه رجل للغرماء لم تصح عند أبي حنيفة**) ش: أي لم تصح الكفالة عنده سواء كان ذلك الرجل أجنبيًا أو وارث الميت م: (**وقالا**) ش: أي أبو يوسف ومحمد- رحمهما الله- م: (**تصح**) ش: الكفالة وبه قال مالك والشافعي وأحمد -رحمهم الله- م: (**لأنه**) ش: أي لأن الرجل م: (**كفل بدين ثابت لأنه**) ش: أي لأن الدين م: (**وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط**) ش: أي مسقط الدين ، لأن الإسقاط إنما يكون بالإيفاء أو الإبراء أو انفساخ سبب وجوبه وبالموت لا يتحقق شيء من ذلك .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل ما ذكرنا من عدم الإسقاط م: (**يبقى**) ش: أي الدين م: (**في حق أحكام الآخرة**) ش: فيطالب به في الآخرة .

م: (**ولو تبرع به**) ش: أي بأداء الدين م: (**إنسان وله مال**) ش: أي والحال أن للميت مال م: (**يصح**) ش: أي التبرع به ، ولو برئ المفلس من الدين بالموت لما حل لصاحب الدين الأخذ من

وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو مال . وله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة، ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة ، والتبرع لا يعتمد قيام الدين

المتبرع م: (**وكذا يبقى**) ش: أي الدين م: (**إذا كان به كفيل أو مال**) ش: ويبقى هو على كفالته ولو سقط الدين بالموت ليسقط عن الكفيل ، لأن سقوط الدين عن الأصيل يوجب براءة الكفيل .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة- رضي الله تعالى عنه- م: (**أنه**) ش: أي أن الرجل م: (**كفل بدين ساقط**) ش: لأن محل الدين قد فات وقيام الدين من غير محل محال م: (**لأن الدين هو الفعل حقيقة**) ش: لأن المقصود والفائدة الحاصلة منه هو فعل الأداء .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولكون الدين هو الفعل حقيقة م: (**يوصف بالوجوب**) ش: يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة والوصف بالوجوب حقيقة إنما هو في الأفعال م: (**لكنه في الحكم مال**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال : لزم حينئذ قيام العرض بالعرض هو غير جائز عند المتكلمين من أهل السنة .

وتقرير الجواب هو ما قاله لكنه أي لكن الدين في الحكم مال ، لأن تحقيق ذلك الفعل في الخارج ليس إلا بتمليك طائفة من المال فوصف المال بالوجوب م: (**لأنه**) ش: أي لأن الأداء الموصوف به م: (**يؤول إليه في المال**) ش: فكان وصفًا مجازيًا ، وكونه مالاً بواسطة الاستيفاء م: (**وقد عجز**) ش: أي والحال أنه قد عجز عنه م: (**بنفسه وبخلفه**) ش: أي كفيله م: (**ففات عاقبة الاستيفاء فيسقط**) ش: في أحكام الدنيا م: (**ضرورة**) ش: لأن الكفالة من أحكام الدنيا فانعدم أثر الوجوب في حق الميت فلم تصح الكفالة لأنها بناء على الوجوب في جانب من عليه .

فإن قلت : العجز بنفسه وبخلفه يدل على تعذر المطالبة منه ، وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فإنها تصح ، فإن تعذرت المطالبة في حال الرق .

وقال الأكمل -رحمه الله- : قلنا غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة بوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمته خربت بالموت ولم يبق أهلاً للوجوب عليها . وقال الأكمل -رحمه الله- أيضًا وهذا التقرير كما ترى يشير إلى أن المصنف ذكر دليل أبي حنيفة -رضي الله عنه- بطريق المعارضة . ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة بأن يقول : لا نسلم أن الدين ثابت بل هو ساقط ويذكر السند بقوله فإن الدين هو الفعل كان أحدث في وجوه النظر على ما لا يخفى .

قلت : الذي قرره المصنف يتناول كل واحد من طريق الممانعة وطريق المعارضة على ما لا يخفى .

م: (**والتبرع لا يعتمد قيام الدين**) ش: هذا جواب عما قال : ولو تبرع به إنسان، تقريره أن

وإذا كان به كفيل أوله مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق .

الشرع لا يعتمد قيام الدين ، فإن من قال : لفلان على فلان ألف درهم وأنا كفيل صحت الكفالة وعليه أداؤه وإن لم يوجد الدين أصلاً . وقال تاج الشريعة : والتبرع لا يعتمد قيام الدين أي في حق المكفول عنه ، بل يعتمد قيامه في حق الكفيل ؛ ولهذا لو أقر رجل أن لفلان على فلان كذا وأنا كفيل بذلك وأنكر المكفول عنه تصح الكفالة وعليه أداء الدين م: **(وإذا كان به كفيل)** ش: جواب عن قولهما : وكذا يبقى إذا كان به كفيل م: **(أو له مال)** ش: بيان هذا أن القدرة شرط الفعل إما بنفس القادر أو بخلفه ، فإذا كان به كفيل أو له مال وانتفى القادر م: **(فخلفه)** ش: وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين م: **(أو الإفضاء إلى الأداء)** ش: هذا غير موجود في بعض النسخ . وقال الأترازي : هكذا وقع السماع مراراً ، وقد كانت نسخة شيخ الإسلام حافظ الدين الكبير البخاري هكذا أيضًا .

وقال الأكمل -رحمه الله-: وقوله هو الإفضاء على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ ، وكأنه قال الكفيل والمال إن لم يكونا خلفين فالإفضاء إلى الأداء بوجودهما م: (باق) ش: بخلاف ما إذا عدما .

ويجوز أن يكون في الكلام لف ونشر ، وتقريره فخلفه وهو الكفيل أو الإفضاء ، أي ما يفضي إلى الأداء ، وهو المال باق ، وعلى هذا يشترط في القدرة ، أما نفس القادر أو خلفه أو ما يفضي إلى الأداء وقد وقع في بعض النسخ إذ الإفضاء على وجه التعليل لقوله فخلفه .

وعلى هذا يكون تقرير الكلام فخلفه باق حذفه لدلالة المذكور عليه كما في قول الشاعر :

نحن بما عندنا وأنت بما عندك راض

والرأي مختلف ، ومعناه كل واحد من الكفيل والمال خلف للميت ، لأن رجاء الأداء منهما باق ، فإن الخلف ما به تحصل كفاية أمر الأصيل عند عدمه ، وهما كذلك فكانا خلفين ، انتهى .

وقال شيخنا العلاء - رحمه الله- : قوله إذا كان به كفيل ، أي إذا كان بالدين كفيل فخلفه باق ، وكذا إذا له مال فالتقضي إلى الأداء باق ، لأنه يستوفي من المال فتحقق باقيًا في أحكام الدنيا .

وقوله : فخلفه أي إذا كان له كفيل والإفضاء إليه فيما إذا كان له مال باق ، انتهى .

قلت : هنا تكلفات كثيرة فالمختصر من الكلام أن يقال : فخلفه أي الكفيل أو الإفضاء بالنظر إلى وجود المال ، وإعراب ما وقع في المتن أن قوله : فخلفه مبتدأ . وقوله : أو الإفضاء إلى الأداء عطف عليه . وفي بعض النسخ بدون الألف . وقول : باق خبر المبتدأ .

قال : ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها ؛ لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين ، فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال .كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ، ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر ، بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده . وإن ربح الكفيل فيه فهو له لا يتصدق به ؛ لأنه ملكه حين قبضه أما إذا قضى

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» م: (**ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره**) ش: أي على الرجل بأمره ، وهو المديون م: (**فقضاه الألف**) ش: أي فقضى الرجل الألف الكفيل م: (**قبل أن يعطيه صاحب المال**) ش: أي قبل أن يعطي الألف صاحب المال وهو منصوب على أنه مفعول ثان للإعطاء م: (**فليس له**) ش: أي للرجل المذكور وهو المكفول عنه م: (**أن يرجع فيها**) ش: أي في الألف على تأويل الدراهم م: (**لأنه**) ش: أي لأن الألف م: (**تعلق به حق القابض**) ش: وهو الكفيل م: (**على احتمال قضائه الدين ، فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال**) ش: يعني ما لم يبطل هذا الاحتمال بأداء الأصل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسترده ، لأن النفع الدفع إذا كان الفرض لا يجوز الاسترداد فيه ما دام باقيًا كيلا يكون سعيًا في نقض ما أوجبه .

وهذا م: (**كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي**) ش: وهو المصدق الذي يتولى أخذ الزكاة فإنه ليس له أن يستردها ، لأن الدفع كان لفرض ، وهو أن يصير زكاته بعض الحول ، فما دام الاحتمال ليس له الرجوع م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن الكفيل م: (**ملكه**) ش: أي الألف م: (**بالقبض**) ش: وبه قال الشافعي -رحمه الله- في وجه . وقال في وجه : لا يملكه وفي يده أمانة فيسترده قبل أداء الكفيل به ، وبه قال مالك وأحمد -رحمهما الله- م: (**على ما نذكر**) ش: إشارة إلى قوله بعد خطين ، أما إذا قضى الدين فظاهر إلى آخره .

م: (**بخلاف ما إذا كان الدفع**) ش: أي الدفع إلى الكفيل م: (**على وجه الرسالة**) ش: يعني يرجع الأصيل على الكفيل بالمدفوع إليه م: (**لأنه تمحض أمانة في يده**) ش: صورته أن يقول الأصيل للكفيل : خذ هذا المال ، وادفع إلى الطالب ، فإنه لا يصير ملكًا للكفيل ، بل هو أمانة في يده ، ولكن لا يكون للمطلوب أن يسترده ، من يد الكفيل ، لأنه تعلق بالمؤدى حق الطالب فالمطلوب بالاسترداد يريد إبطال ذلك فلا يقدر عليه ، لكنه لم يملكه لكونه إصابة .

م: (**وإن ربح الكفيل فيه**) ش: أي في الألف المقبوض بأن تصرف فيه وربح م: (**فهو له**) ش: أي الربح له م: (**لا يتصدق به**) ش: يعني لا يجب أن يتصدق به م: (**لأنه ملكه حين قبضه**) ش: والربح الحاصل من ملكه طيب له لا محالة ، وإنما قلنا : إنه ملكه حين قبضه لأن قضاء الدين إما أن يحصل من الكفيل أو من الأصيل ، فإن كان الأول فظاهر ، وهو معنى قوله : م: (**أما إذا قضى**

الدين فظاهر ، وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد ؛ لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ، إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل . ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح ، فكذا إذا قبضه يملكه ، إلا أن فيه نوع خبث نبينه ، فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين ،

الدين فظاهر) ش: لأنه قبض ما وجب له فيه فيملكه من حيث قبض ، كمن قبض الدين المؤجل معجلاً .

م: (**وكذا**) ش: أي وكذا الحكم م: (**إذا قضى المطلوب بنفسه**) ش: أي الأصيل أداه بنفسه حيث يملكه الكفيل م: (**وثبت له حق الاسترداد لأنه**) ش: أي لأن الكفيل م: (**وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه**) ش: أي على الكفيل وقال الكاكي -رحمه الله- : وقيل على المكفول له ، لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لا في الدين ، ولكن ذكر في «جامع المحبوبي» و«قاضي خان» : أن الدين وجب للطالب على الكفيل فيكون الضمير في عليه راجعًا إلى الكفيل .

وفي «المبسوط» الكفالة توجب الدينين دينًا للكفيل على الأصيل ودينًا للطالب ، لكن دين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء ، لأن له مطالبة الأصيل بعد الأداء ، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهنًا بهذا المال يصح بمنزلة ما لو أخذ رهنًا بدين مؤجل .

م: (**إلا أنه**) ش: استثناء من قوله : لأنه وجب له على المكفول عنه فعل ما وجب للطالب عليه ، أي إلا أنه م: (**أخرت المطالبة**) ش: أي مطالبة للكفيل الأصيل م: (**إلى وقت الأداء**) ش: أي أداء الكفيل م: (**فنزل منزلة الدين المؤجل**) ش: أي نزل بناء على المكفول عنه الكفيل منزلة الدين المؤجل م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل تنزله منزلة الدين المؤجل م: (**لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه**) ش: أي قبل أداء الكفيل للطالب م: (**يصح**) ش: حتى لم يكن له الرجوع بعد الأداء م: (**فكذا إذا قبضه يملكه**) ش: أي فكذا إذا قبض الكفيل الدين يملكه ، وهذا أيضًا يدل على أن الكفالة تقتضي دينين كما ذكرناه عن «المبسوط » .

م: (**إلا أن فيه**) ش: أي في الربح الحاصل للكفيل بتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الأصيل الدين م: (**نوع خبث نبينه**) ش: أي نبين نوع الخبث ونبينه في مسألة الكفالة بالكبر ، والآن نذكرها م: (**فلا يعمل**) ش: أي الخبث م: (**مع الملك فيما لا يتعين**) ش: كغير النقود، وقال الأترازي رحمه الله : هذا استثناء من قوله فهو له ولا يتصدق به ، فكأنه ذكره جوابًا لسؤال بأن يقال في هذا الربح نوع خبث ، فينبغي أن يتصدق به ، لأن حق المال الخبيث التصدق به فأجاب عنه وقال : لكن فيه نوع خبث مع الملك ، فلا يعمل الخبيث مع الملك فيما لا يتعين ،

وقد قررناه في البيوع . ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا أنه ملكه . قال : وأحب إلي أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم ، وهذا عند أبي حنيفة - رحمه الله - في رواية «الجامع الصغير» ، وقالا : هو له

فلأجل هذا لم يؤمر بالتصدق .

وذكر في شروح «الجامع الصغير» هذا الفصل على وجهين : فأما أن يدفع الأصيل إليه على وجه الرسالة ، أو على وجه الاقتضاء ، وكل ذلك على وجهين ، أما إن كان الدفع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو مما يتعين كالعروض .

فإن دفع على وجه الرسالة بأن قال : خذ هذا المال وادفع إلى الطالب لا يطيب الربح ، سواء كان المدفوع مما لا يتعين أو يتعين في قول أبي حنيفة - رضي الله تعالى عنه - ومحمد - وطالب له - عند أبي يوسف ؛ لأن الخبث يثبت لعدم الملك ، لأن تصرفه وجد في غير ملكه فاستوى فيه الماء لأن وإن دفع على وجه الاقتضاء بأن قال الأصيل للكفيل : إني لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنا أقضيك قبل أن تؤدي طاب له الربح إذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لأنه ملكها بالقبض ، وإن كان المدفوع مما يتعين كغير النقود .

قال أبو حنيفة - في رواية - هذا الكتاب يستحب أن يرده على الأصيل . وقال في كتاب الكفالة من الأصل يتصدق به ، وقال في كتاب البيوع منه : يطيب له . وعند أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - يطيب له ولا يرده ، ولا يتصدق به ، وقال فخر الإسلام : ويستوي في هذا أن أداء المطلوب إلى الطالب بنفسه أو أداء الكفيل م: (**وقد قررناه في البيوع**) ش: أي في آخر فصل أحكام البيع الفاسد .

م: (**ولو كانت الكفالة بكر حنطة فقبضها الكفيل**) ش: أي فقبض الكفيل الكر من الأصيل فتصرف فيها م: (**فباعها وربح فيه فالربح له**) ش: أي الكفيل م: (**في الحكم**) ش: أي في القضاء م: (**لما بينا أنه ملكه**) ش: أي أن الكفيل ملك الذي قبضه .

م: (**قال**) ش: أي قال أبو حنيفة -رحمه الله- في «الجامع الصغير» لما روى محمد -رحمه الله- فيما إذا كانت الكفالة بكر حنطة فقضاه الذي عليه الأصيل فباعه الكفيل فربح فيه فإن الربح له إلا أنه أحب إلي أن يدفعه إلى الذي قضاه ويرده عليه ، ولا أجبره على ذلك في القضاء ونقل المصنف هذا بقوله م: (**وأحب إلي أن يرده على الذي قضاه الكر ، ولا يجب عليه في الحكم ، وهذا عند أبي حنيفة -رحمه الله - في رواية « الجامع الصغير»**) ش: أي ولا يجب الرد على الذي قضاه في الحكم ، أي في القضاء ، ثم إن المصنف -رحمه الله- لما نقل هذا عن «الجامع الصغير » .

ثم قال المصنف رحمه الله م: (**وقالا هو له**) ش: أي وقال أبو يوسف ومحمد : الربح له م:

ولا يرده على الذي قضاه الكر وهو رواية عنه . وعنه أنه يتصدق به . لهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له . وله أنه تمكن الخبث مع الملك ، إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه ، أو لأنه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل ، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضياً به ، وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية ؛ لأن الخبث لحقه ، وهذا أصح ، لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له .

(**ولا يرده على الذي قضاه الكر**) ش: وهذا لفظه في «الجامع الصغير » ، وقال يعقوب ومحمد : هو له ولا يرده على الذي قضاه الكر م: (**وهو رواية عنه**) ش: أي قول أبي يوسف ومحمد رواية عن أبي حنيفة أيضًا وهو أن الربح للكفيل ولا يرده على الأصيل وهو رواية كتاب البيوع م: (**وعنه أنه**) ش: أي أن الكفيل م: (**يتصدق به**) ش: أي بالربح ، وهو رواية كتاب الكفالة .

م: (**لهما**) ش: أي لأبي يوسف ومحمد- رحمهما الله- م: (**أنه**) ش: أي أن الكفيل م: (**ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه**) ش: إشارة إلى قوله : لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه م: (**فيسلم له**) ش: أي فيسلم له الربح .

م: (**وله**) ش: أي ولأبي حنيفة- رحمه الله- م: (**أنه تمكن الخبث مع الملك**) ش: لأحد الوجهين إشارة إلى الوجه الأول بقوله م: (**إما لأنه**) ش: أي لأن الأصيل م: (**بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه**) ش: أي يقضي الكر م: (**بنفسه**) ش: فإذا كان كذلك كان الربح حاصلاً في ملك متردد بين أن يقر وأن لا يقر .

ومثل ذلك قاصر ، ولو عدم الملك أصلاً كان خبيثًا ، فإذا كان قاصرًا تمكن فيه شبهة الخبث . وأشار إلى الوجه الثاني بقوله م: (**أو لأنه**) ش: أي أو لأن الأصيل م: (**رضي به**) ش: أي يكون المدفوع ملكًا للكفيل م: (**على اعتبار قضاء الكفيل**) ش: الدين (**فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيًا به**) ش: فتمكن الخبث م: (**وهذا الخبث**) ش: أي الخبيث الذي يكون مع الملك م: (**يعمل فيما يتعين**) ش: كغير النقود م: (**فيكون سبيله التصدق في رواية**) ش: عن أبي حنيفة -رحمه الله- م: (**ويرده عليه**) ش: أي على الأصيل .

م: (**في رواية**) ش: أخرى عن أبي حنيفة ، فإن رده على الأصيل فإن كان الأصيل فقيرًا طاب له ، وإن كان غنيًا ففيه روايتان في كتاب الغصب . قال فخر الإسلام في« شرح الجامع الصغير» : والأشبه أي يطب له ، لأنه إنما يرده عليه على أنه حقه م: (**لأن الخبث لحقه**) ش: أي لحق الأصيل لا لحق الشرع .

م: (**وهذا أصح**) ش: أي الرد ، لأن يرد الربح على المكفول عنه أصح من القول بالتصدق م: (**لكنه استحباب**) ش: أي لكن الرد عليه مستحب ، لأن الملك لكفيل م: (**لا جبر ، لأن الحق له**)

قال : ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره ، الأصيل أن يتعين عليه حريراً فـفعل ؛ فالشراء للكفيل والربح الذي ربح البائع فهو عليه ، ومعناه الأمر ببـيع العينية ، مثل أن يستقرض من تاجر عشرة ، فيتـأبى عليه ، ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بخمـسة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيـادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة ،

ش: أي لا يجبر على دفعه إلا أنه لما تمكن الخبث يستحب الدفع إليه ، بخلاف الربح في الغصب حيث يجبر الغاصب على الدفع لأنه لا حق للغاصب في الربح .

وفي «الكافي» هذا إذ أعطاه على وجه القضاء ، أما لو أعطاه على وجه الرسالة فتصرف فيه الرسول ، وربح لم يطب له الربح ، سواء كان ثمنًا أو مما يتعين لأنه مودع والمودع إذا تصرف في الوديعـة وربح لـم يطب له الربح عند أبي حنيفـة ومـحـمـد -رحـمـهـمـا الله - وطاب له عند أبي يوسف رحمه الله لما عرف .

م: (**قال**) ش: أي محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**ومن كـفل عن رجل بألف عليه بأمره فأمره الأصيل أن يتعين عليه حريرًا**) ش: أي على الأصيل ، أي أمره أن يشتري له حريرًا بطريق العينية م: (**ففعل**) ش: أي الكفيل م: (**فالشـراء للكفيل والربح الذي ربح البائع فهـو عليه**) ش: أي الربح على الكفيل .

م: (**ومعناه**) ش: أي معنى قـوله أن يتعين عليه حريراً م: (**الأمر ببيع العينية**) ش: يعني أمره أن يشتري حريرًا بطريق العينة فعين ذلك بقوله م: (**مثل أن يسـتقرض من تاجر عـشرة**) ش: أي يطلب من تاجر عشرة دراهـم على سبيل الفرض م: (**فيتـأبى عليه**) ش: أي فيمتنع أن يقرضه عشرة م: (**ويبيع منه ثوبًا يسـاوي عشرة بخـمسة عشـر مثلاً رغـبة في نيل الزيادة**) ش: يعني طمـعًا في الفـضل الذي لا يناله المقرض بالقـرض ويقـول لا يتـيسـر لي القـرض ثم يبـيعـه ثوبًا م: (**ليبيعه المستقـرض بعشرة ويتحمل عليه خـمسة**) ش: أي يتحمل المقرض خمسة دراهم يحصل له عـشرة دراهم ولرب الثوب خمسة دراهم بطريق البيع ، هذا الذي ذكره المصنف -رحمه الله- من جملة صور العينة .

ومن صورها ما ذكره «قاضي خان» وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهـما ثالثًا فيبيع صاحب الثوب باثني عشر من المستقرض ثم إن المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم ثم يبيع الثالث من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويدفعها إلى المستقرض فتندفع حاجته ، وإنما خللا ثالثًا تحرزًا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن .

وفي «فـتـاوى الكردي» : صـورته أن يبيع المسـتـقـرض سلعـة من المقرض بعـشـرة ويسلم إليه ، ثم قال المستقرض يعني باثني عشر فباعه جاز .

سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين ، وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل . ثم قيل : هذا ضمان لما يخسر المشتري نظراً إلى قوله «عليّ» وهو فاسد

وفي «محيط السرخسي» : صورته باع متاعه بالعين في المستقرض إلى أجل ثم يبعث متوسطًا ليشتري المتاع لنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف ، ثم يحيل المتوسط بائعه على البائع الأول بالثمن الذي عليه ويخرج من الوسط فيدفع البائع الأول ألفًا حالة إلى المستقرض ويأخذ منه ألفين عند حلول الأجل وهذا البيع جائز في الحكم فقال أبو يوسف -رحمه الله- لا يكره ، لأنه فعل ذلك كثير من الصحابة -رضي الله عنهم- ولم يعدوه من الربا .

وقال محمد : هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال أي لها شبهة كأمثال الجبال اخترعه أكلة الربا وقد ذمهم رسول الله ﷺ فقال : « إذا تبايعتم بالعينة واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظفر عليكم عدوكم» . وفي رواية سلط الله عليكم شراركم فيدعو خياركم فلا يستجاب لكم [1] . وقيل إياك والعينة فإنها لعنية ، والمراد باتباع أذناب البقر الزراعة .

م: (**سمي به**) ش: أي سمي هذا البيع ببيع العينة . وفي نسخة شيخنا سمي بعينه م: (**لما فيه**) ش: أي في بيع العينة م: (**من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه**) ش: أي بيع العينة مكروه ، إما كراهة تحريم أو كراهة تنزيه على الاختلاف م: (**لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض**) ش: المبرة اسم للبر .

وقال الجوهري : البر خلاف العقوق والمبرة مثله تقول بررت والدي بالكسر أبره برًا فأنا بر به وبار ، وجمعُ البَرِّ الأبرار ، وجمع البار البررة ، وروى المصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر م: (**مطاوعة لمذموم البخل**) ش: يعني لأجل المطاوعة للبخل الذي هو مذموم وكان الكره حصل من المجموع فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه ، والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك وإلا لكانت المرابحة مكروهة .

م: (**ثم قيل هذا ضمان**) ش: أي قوله أن يتعين عليه ضمان م: (**لما يخسر المشتري نظرًا**) ش: أي بالنظر م: (**إلى قوله علي**) ش: بالتشديد ، لأن كلمة عليّ تعني الالتزام م: (**وهو فاسد**) ش: أي الضمان بالخسران فاسد ، لأن الخسران ليس بمضمون على أحد لأن الكفالة والضمان إنما يصح بما هو مضمون فلا يصح ضمانه .

كمن قال لآخر : بائع في هذا السوق على أن كل وضيعة وخسران يصيبك فأنا ضامن به

---

(١) صحيح : صححه العلامة الألباني حفظه الله . والحديث له طرق وأسانيد يطول المقام بذكرها . انظر صحيح أبي داود (٢/ ٦٦٣) .

وليس بتوكيل، وقيل : هو توكيل فاسد ، لأن الحرير غير متعين ، وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين ، وكيفما كان فالشراء للمشترى وهو الكفيل والربح ، أي الزيادة عليه لأنه هو العاقد . قال : ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه ، أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه ، فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم ولم يقبل ببينته ؛ لأن المكفول به مال مقضي به ، وهذا في لفظة القضاء ظاهر ، وكذا في الأخرى ؛ لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو مال يقضي به ،

لك كان باطلاً ، كذا في «جامع المحبوبي » م: (**وليس بتوكيل**) ش: لأنه لم يقل : تعين لي ، بل قال : تعين علي وهي ليست بكلمة وكالة .

م: (**وقيل : هو توكيل فاسد ، لأن الحرير غير متعين**) ش: إذ الحرير أجناس مختلفة م: (**وكذا الثمن غير متعين لجهالة مازاد على الدين**) ش: أي على قدر الدين . وقال الأكمل : فإن قيل الدين معلوم والمأمور به هو مقداره ، فكيف يكون الثمن مجهولاً أجاب بقوله : لجهالة ما زاد على الدين فإنه داخل في الثمن .

م: (**وكيفما كان**) ش: سواء كان قوله : تعين علي وكالة أو كفالة فاسدة م: (**فالشراء للمشترى**) ش: بفتح الراء وصح بكسر الراء م: (**وهو الكفيل والربح أي الزيادة**) ش: أي الزيادة على الدين م: (**عليه ؛ لأنه هو العاقد قال**) ش: أي قال محمد -رحمه الله- في «الجامع الصغير» : م: (**ومن كفل عن رجل بما ذاب له**) ش: أي بما وجب وثبت له م: (**عليه أو بما قضى له عليه**) ش: أي بما حكم له عليه من الحق م: (**فغاب المكفول عنه فأقام المدعي البينة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم ، ولم يقبل ببينته**) ش: أي بينة المدعي على الكفيل حتى يحضر المكفول عنه فيقضي به عليه م: (**لأن المكفول به مال مقضي به**) ش: على الأصيل لأن الكفيل التزم ما لا يقضي به في المستقبل ، فما لم يقض به لا يجب شيء على الكفيل القضاء على الأصيل ولم يوجد الشرط ولا يوجد القضاء على الأصيل بهذه البينة حال غيبته ، لأنه يكون قضاء على الغائب ، وهو لا يصح عندنا خلافًا للشافعي ومالك -رحمهما الله .

م: (**وهذا في لفظة القضاء**) ش: وهو قوله أو بما قضى له عليه م: (**ظاهر**) ش: لدلالة ما قضى بصراحة عبارته .

م: (**وكذا في الأخرى**) ش: وكذا ظاهر في المسألة الأخرى وهو قوله : ما ذاب له عليه لأنه يستلزم ذلك م: (**لأن معنى ذاب تقرر**) ش: وهو بالقضاء وقد قلنا إنه مستعار من ذوب الشحم م: (**وهو**) ش: أي التقرر م: (**بالقضاء**) ش: أي إنما هو بالقضاء والدعوى مطلق غير ذلك ، فلا مطابقة بينهما م: (**أو مال يقضي به**) ش: معطوف على قوله : أو بما قضي له ، يعني كفل بمال

وهذا ماض أريد به المستقبل كقوله : أطال الله بقاءك ، والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح . ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفيل عنه بأمره فإنه يقضي به على الكفيل وعلى المكفول عنه. وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضي به على الكفيل خاصة ، وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم ، وإنما يختلف بالأمر وعدمه لأنهما

يقضي به بعد الكفالة ، فلم توجد هذه الصفقة لا يكون كفيلاً به م: (**وهذا ماض**) ش: أي قوله ذاب أو قضى له ماض ، ولكن م: (**أريد به المستقبل**) ش: وفي نسخة شيخنا أريد به المستأنف ، أي يجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل م: (**كقوله**) ش: أي كقول الداعي لشخص م: (**أطال الله بقاءك**) ش: فهو وإن كان ماضيًا يراد به المستقبل م: (**والدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح**) ش: أي دعوى المدعي على الكفيل مطلقة عن ذلك حيث لم يتعرض لموجب المال بعد الكفالة بل يحتمل أنه كان واجبًا قبل الكفالة وذلك لا يدخل تحت الكفالة ففسدت الدعوي فلم تسمع البينة ، حتى لو أقام البينة أنه وجب له على الغائب ألف درهم بعد عقد الكفالة قبلت بينته ، كذا قالوا في «شرح الجامع الصغير» .

م: (**ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفيل عنه**) ش: أي عن فلان م: (**بأمره**) ش: أي بأمر فلان م: (**فإنه**) ش: أي فإن المال الذي قامت به البينة م: (**يقضى به على الكفيل ، وعلى المكفول عنه**) ش: الذي هو الغائب م: (**وإن كانت الكفالة بغير أمره**) ش: أي بغير أمر فلان م: (**يقضي به**) ش: أي المدعي م: (على الكفيل خاصة) ش: يعني دون الغائب م: (**وإنما تقبل**) ش: إقامة البينة حتى يقضي بالمال على الكفيل م: (**لأن المكفول به مال مطلق**) ش: أي عن التوصيف بكونه مقضيًا به أو يقتضي به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البينة لابتنائها على دعوى صحيحة .

م: (**بخلاف ما تقدم**) ش: أي بخلاف المسألة المتقدمة وهي قوله : ومن كفل عن رجل بما ذاب له . . . إلى آخره حيث لا يقبل بينة المدعي على الكفيل ، لأن ثمة المكفول به مال مقيد وهو ما يجب على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى المدعي وقعت مطلقة لم يتعرض لذلك ففسدت الدعوى فلم تقبل . ثم اعلم أن فائدة القضاء على الكفيل وعلى المكفول عنه أنه لو حضر المكفول عنه لا يحتاج إلى إقامة البينة عليه ، لأنه لما أثبت الكفالة على الحاضر بأمر الغائب وقضى القاضي بذلك ثبت أمر الغائب بالكفالة عنه وثبت إقراره بالدين وانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب ، بخلاف ما إذا أقام البينة على أنه كفيل بغير أمر الغائب ثبت الدين على الكفيل خاصة ولا يثبت على الغائب شيء لأنه لما لم يثبت الأمر من الغائب لم يتعد القضاء إليه ، كذا قال الإمام الزاهد العتابي .

م: (**وإنما يختلف**) ش: أي حكم القاضي بالرجوع على الأصيل م: (**بالأمر وعدمه لأنهما**)

يتغايران لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، وبغير أمر تبرع في الحالين ، فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر . وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه ، والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه ؛ لأنه يعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه . وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر . وقال زفر : لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره . ونحن نقول : صار مكذباً شرعاً فبطل ما في زعمه .

قال : ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم

ش: أي لأن الكفالة بأمره والكفالة بغير أمره م: (**يتغايران ؛ لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ، ومعاوضة انتهاء ، وبغير أمر تبرع في الحالين**) ش: أي في الابتداء والانتهاء م: (**فبدعواه أحدهما**) ش: أي أحد عقدي الكفالة م: (**لا يقضى له بالآخر**) ش: لأن ذلك غير مشهور به م: (**وإذا قضى بها**) ش: أي بالكفالة م: (**بالأمر ثبت أمره**) ش: أي أمر الأصيل وهو الآمر بالكفالة م: (**وهو**) ش: أي الآمر بالكفالة م: (**يتضمن الإقرار بالمال**) ش: لأنه لا يأمر الكفيل بأن يؤدي عنه إلا إذا كان مقراً بالمال م: (**فيصير مقضيًا عليه والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه**) ش: أي جانب المكفول عنه م: (**لأنه**) ش: أي لأن الأمر أو الشأن م: (**يعتمد صحتها**) ش: أي صحة الكفالة م: (**قيام الدين**) ش: ولفظ صحتها مرفوع بقوله يعتمد . وقوله قيام الدين بالنصب مفعول م: (**في زعم الكفيل**) ش: لأن المرء يؤاخذ بزعمه والزعم بفتح الزاي وهو لغة أكثر القراء في قوله تعالى : ﴿ **هذا لله بزَعمهم** ﴾ الأنعام الآية : ١٣٦) وقرأ الكسائي بالضم م: (**فلا يتعدى إليه**) ش: أي إلى المكفول عنه ، **لأنها** لم تكن بأمره فلم يمس جانبه .

م: (**وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر . وقال زفر: لا يرجع**) ش: أي الكفيل على الأصيل م: (**لأنه**) ش: أي لأن الكفيل م: (**لما أنكر فقد ظلم في زعمه**) ش: يعني أن الكفيل لما أنكر بزعم أن الطالب ظلمه م: (**فلا يظلم غيره و نحن نقول صار مكذبًا شرعًا**) ش: لأن القاضي لما قضى عليه فقد أكذبه فيما زعمه م: (**فبطل ما في زعمه**) ش: كمن اشترى شيئًا وأقر أن البائع باع ملكه ثم استحقه آخر بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالثمن على البائع ، كذا ذكره شمس الأئمة وقاضي خان .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (**ومن باع داراً وكفل رجل عنه بالدرك**) ش: الدرك عبارة عن قبول ثمن الدار عند استحقاق الدار وضمان الدرك صحيح بإجماع الفقهاء وهو المنصوص عن الشافعي ، وأخرج أبو العباس عن الشافعي قولاً آخر : أنه لا يصح م: (**فهو**) ش: أي فضمان الدرك م: (**تسليم**) ش: من الكفيل وتصديق بأن البائع باع ملك نفسه ، والمسألة في «الجامع الصغير» : وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يبيع الدار ويكفل رجل للمشتري بما أدركها من درك ثم جاء الكفيل يدعيها قال : كفالة تسليم للبيع ، فإن شهد على البائع وختم لم تكن شهادته وختمه تسليمًا للبيع ، إلى هنا لفظ محمد فيه .

لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ، ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته ، وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها إحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لايرغب فيه ، دون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع . قال : ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليماً وهو على دعواه ، لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي إقراراً بالملك ؛ لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم ، قالوا : إذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو بيعاً باتًا نافذاً وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين .

قال المصنف م: (**لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه**) ش: يعني لو باع بشرط الكفالة كان تمام البيع متعلقًا م: (**بقبوله**) ش: أي بقبول الكفيل فصار كأنه هو الموجب للعقد ولا يصح دعواه بعد ذلك ، وهو معنى قوله م: (**ثم بالدعوى**) ش: بعد ذلك م: (**يسعى في نقض ما تم من جهته**) ش: فلا يجوز ذلك م: (**وإن لم تكن**) ش: أي الكفالة م: (**مشروطة فيه**) ش: أي في البيع م: (**فالمراد بها**) ش: أي بالكفالة م: (**إحكام البيع**) ش: بكسر الهمزة أي إتقانه م: (**وترغيب المشتري فيه**) ش: أي في البيع م: (**إذ لا يرغب**) ش: المشتري م: (**فيه دون الكفالة**) ش: خوفًا من الاستحقاق م: (**فنزل منزلة الإقرار بملك البائع**) ش: أي بمنزلة قوله : اشتر هذه الدار ولا تبالي فإنها ملك البائع . ومن أقر بملك البائع لاتصح دعواه بعد ذلك ، وإنما قال : ينزل منزلة الإقرار لأنه يؤول إليه في المعنى .

م: (**قال**) ش: أي محمد- رحمه الله- م: (**ولو شهد**) ش: أي لو شهد الشاهد على بيع الدار م: (**وختم**) ش: شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحته رصاص مكتوبًا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجري فيه التزوير والتبديل كذا ذكره شمس الأئمة الحلواني رحمه الله .

وقال الكاكي- رحمه الله- : قيل لفظ ختم وقع اتفاقًا باعتبار عادة العرب ، وهذا عرف زمانهم ، أما في زماننا هذا العرف لم يبق م: (**ولم يكفل لم يكن تسليمًا ، وهو على دعواه ؛ لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع**) ش: لعدم الملازمة م: (**ولا هي**) ش: أي الشهادة م: (**إقرارًا بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم**) ش: من ضمان الدرك ، فإنه إقرار بالملك .

م: (**قالوا**) ش: مشايخنا : م: (**إذا كتب في الصك باع**) ش: فلان م: (**وهو**) ش: أي والحال أنه م: (**يملكه أو بيعًا باتًا**) ش: أي أو باع بيعًا باتًا م: (**نافذًا وهو**) ش: أي الشاهد م: (**كتب شهد بذلك فهو تسليم**) ش: فلا تصح دعواه م: (**إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين**) ش: فإنه ليس بتسليم وإن كان المكتوب فيما يدل على الصحة والنفاذ .

فصل في الضمان

قال : ومن باع لرجل ثوباً وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل؛ لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامناً لنفسه ، ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير ،

م: (**فصل في الضمان**)

ش: أي هذا فصل في بيان الضمان ، والضمان والكفالة بمعنى واحد ، ولكن لما كان هذا الفصل في مسائل « الجامع الصغير » : ، ووردت فيه بلفظ الضمان فلذلك فصلها لتغاير في اللفظ ، ولهذا سمى أكثر الفقهاء باب الكفالة باب الضمان .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» م: (**ومن باع لرجل ثوبًا وضمن له الثمن**) ش: أي باع لأجل رجل ثوبًا وضمن البائع للآمر الثمن ، صورته في «الجامع » : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يعطي الرجل ثوبًا ليبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البائع الثمن للآمر قال : الضمان باطل .

م: (**أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال**) ش: أي أو باع مضارب من المتاع شيئًا وضمن لرب المال م: (**فالضمان باطل**) ش: في الصورتين م: (**لأن الكفالة التزام المطالبة وهي**) ش: أي المطالبة م: (**إليهما**) ش: أي إلى الوكيل والمضارب أو حقوق العقد يرجع إلى العقد فاختصت المطالبة به ، فلو صح الضمان منهما م: (**فيصير كل واحد منهما ضامنًا لنفسه**) ش: وإنه لا يجبر يجوز ، بخلاف الوكيل بالنكاح ، فإن ضمن المهر من الزوج يصح ، لأنه سفير ، ولهذا لا يلي قبض المهر فلا يصير ضامنًا لنفسه ، كذا ذكره المرغيناني ، والمحبوبي ، وعلى قياس من قول الأئمة الثلاثة ينبغي أن يصح هذا الضمان ، لأن للموكل ولاية مطالبة الثمن فلا يكون ضامنًا لنفسه كما في النكاح .

م: (**ولأن المال**) ش: هذا وجه آخر في تعليل المسألتين المذكورتين وهو أن المال م: (**أمانة في أيديهما**) ش: أي في يد الوكيل والمضارب والأمين لا يكون ضمينًا م: (**والضمان تغيير لحكم الشرع**) ش: لأنه يناقضه م: (**فيرد عليه**) ش: أي على الضامن م: (**كاشتراطه**) ش: أي كاشتراط الضمان م: (**على المودع**) ش: بفتح الدال .

م: (**والمستعير**) ش: فإنه لا ضمان عليهما شرعًا ، فاشتراطه يكون تغييرًا للمشروع فلا يجوز ، وكمن عليه السهو إذا سلم بنية قصد الخروج يرد عليه ولا يخرج حتى كان له أن يعود إلى سجدتي السهو ، وكمن نذر أن يصوم غدًا وعليه قضاء رمضان يجوز له صوم القضاء فيرد عليه نية تعيينه الغد لصوم النذر لأنه تغيير المشروع وهو صلاحية الغد لصوم القضاء .

وكذلك رجلان باعا عبداً صفقة واحدة وضـمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن ؛ لأنه لو صح الضمـان مع الشركة يصـير ضامناً لنفسه . لو صح في نصيب صـاحبه خـاصة يؤدي إلى قسـمة الدين قـبل قبـضه ولا يجـوز ذلك . بخلاف مـا إذا باعا بصـفقـتين لأنه لا شركـة ، ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقـبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل . قال : ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه

م: (**وكذلك**) ش: أي وكذلك لا يصح الضمـان إذا كـان م: (**رجلان باعا عبـدًا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن ؛ لأنه لو صح الضمان مع الشركة**) ش: أي مع بقاء الشركة الشائعة م: (**يصير ضـامنًا لنفسه**) ش: لأن ما من جزء من الثـمن إلا وهو مشـترك بينهـما م: (**ولو صح**) ش: أي الضمـان م: (**في نصيب صـاحبه خـاصة يؤدي إلى قسمـة الدين قبل قبـضه**) ش: حيث امتاز نصيب أحـدهما والدين لا يحتمل قسمة قبل القبض ، لأن القسمة إفراز ، والإفراز يتحقق في الأعيان لا في الأوصاف .

والدين وصف ، ولأن في القسمة معنى التمليك ، وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ، كذا في« جامع قاضي خان» م: (**ولا يجوز ذلك**) ش: أي قسمة الدين قبل قبضه .

م: (**بخلاف ما إذا باعا**) ش: عبدًا م: (**بصفقتين**) ش: بأن سمى كل واحد منهما لنفسه ثمنًا ثم ضمن أحـدهمـا الآخر صح ضـمـانه م: (**لأنه لا شـركـة**) ش: إذ نصـيب كل منهـمـا ممتاز عن نصيب الآخر م: (**ألا ترى**) ش: توضيح لما قبله م: (**أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل**) ش: أي وإن قبل المشتري الكل بكلام واحد .

م: (**قـال**) ش: أي محـمـد -رحـمه الله- في « الجامع الصغير» : م: (**ومن ضـمن عن آخـر خراجه ونوائبه**) ش: جمع نائبه . واختلف المشايخ فيه قال بعضهم : المراد منه ما يكون بحق كأجر الحارس كري نهر العامة ، وأنه دين وسمى نائبه ، وقـال بعضهم هو ما يحتاج الإمام إليه نحو تجهيز المقاتلين .

وكفداء الأسارى بأن لا يكون في بيت المال شيء فيوظف ما على الناس فيجوز ذلك فيجب أداؤه على كل موسر نظرًا للمسلمين فضمن إنسان قسمة صاحبه أي نصيبه من ذلك يجوز .

وأمـا النوائب التي يـوظفـهـا السلطان على الناس كـالجبايات في زمـاننا بسـبيل الظلم فقـد اختلف المشـايخ فـيه قـال : بـعـضهـم : لا تصح الكفـالة بهـا لأنه لا دين عليـه فـلا تـصح . وقـال بعـضـهـم : يصح حتى إذا أدى بعدمـا ضمن بأمره يرجع عليه ، لأن العبـرة في الكفـالة لتوجـه المطالبـة حسًـا فكان بمنزلة دين واجب ، وإليـه ذهب فـخـر الإسـلام البـزدوي . وأمـا النـوائب الكبرى الداهية الدهياء التي هي المكس فهي حرام قطعًا فلا تجوز الكفالة بها ، ولا التصرف فيها

وقسمته فهو جائز . أما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل ، ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته إلا بوصيته . وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك ، وأجرة الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق. وإن أريد

بوجه من الوجوه أصلاً وقد لعن الشارع صاحب المكس م: **(وقسمته)** .

ش: قال الفقيه أبو الليث السمرقندي رحمه الله : ذكر عن أبي بكر بن أبي سعيد أنه قال : وقع هذا الحرف غليظًا لأنه لا معنى له ، يعني أن القسمة مصدر والمصدر فهو الفعل غير مضمون، وكان الفقيه أبو جعفر يقول : معناه إذا طلب أحد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع صاحبه من ذلك ، فإن القسمة واجبة عليه ، فإذا ضمن إنسان ليقوم مقامه في القسمة يجوز ذلك ، لأنه ضمن شيئًا مضمونًا وهو يقدر على ذلك ، يعني على إيفائه ، وقال بعضهم - منهم فخر الإسلام البزدوي - : يحتمل أن يكون المراد بالقسمة ما وظف عليه من النوائب الراتبة كأجرة الحارس ونحوها . وقيل القسمة تجيء بمعنى النصيب ، قال الله تعالى : ﴿ **ونبئهم أن الماء قسمة بينهم** ﴾ م: (القمر : الآية ٢٨) ، والمراد النصيب ، وقال بعضهم : معناه إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه .

قال الأكمل : فتكون الرواية على هذا قسمة بالضمير لا بالتاء . م: **(فهو جائز)** ش: جواب عن قوله ومن ضمن . م: **(أما الخراج)** ش: هذا مشروع في بيان قول محمد-رحمه الله- في «الجامع» وهو الذي ذكره أولاً بقوله ومن ضمن إلى آخره م: **(فقد ذكرناه)** ش: أي قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة في الخراج بلا خلاف م: **(وهو يخالف الزكاة لأنها)** ش: أي لأن الزكاة م: **(مجرد فعل)** ش: وهو تمليك المال من غير أن يكون دينًا .

وفي «الفوائد الظهيرية» : الخراج دين كسائر الديون ، كأنه أراد به الموظف مخالف الزكاة في الأموال الظاهرة حيث لا يجوز الضمان لها ، لأن الواجب جزء من النصاب وهو غير مضمون بدليل أنه لو هلك لا يضمن شيئًا والكفالة بأعيان غير مضمونة باطلة م: **(ولهذا)** ش: أي ولأجل كون الزكاة مجرد فعل م: **(لا تؤدى بعد موته)** ش: أي بعد موت من عليه الزكاة م: **(من تركته إلا بوصيته)** ش: منه وقد عرف في موضعه .

م: **(وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككري النهر المشترك وأجرة الحارس والموظف)** ش: من جهة الإمام م: **(لتجهيز الجيش)** ش: عند خلو بيت المال م: **(وفداء الأسارى)** ش: وهو تخليصهم من الأسر من أيدي الكفرة م: **(وغيرها)** ش: كإطفاء النائرة م: **(جازت الكفالة بها)** ش: أي من النوائب بالحق م: **(على الاتفاق)** ش: بين أصحابنا وغيرهم من الفقهاء م: **(وإن أريد**

بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ -رحمهم الله- وممن يميل إلى الصحة الإمام علي البزدوي . وأما القسمة فقد قيل : هي النوائب بعينها أو حصة منها ، والرواية «بأو» ، وقيل : هي النائبة الموظفة الراتبة ، والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه . ومن قال لآخر: لك عليّ مائة إلى شهر ، وقال المقر له : هي حالة فالقول قول المدعي . ومن قال : ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له : هي حالة فالقول قول الضامن . ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ، ثم ادعى حقًا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل ،

بها) ش: أي من النوائب م: (ما ليس بحق) ش: بل لظلم من الملوك الظلمة م: (كالجبايات) ش: وهي الصادرات م: (في زماننا ففيه اختلاف المشايخ) ش: وقد ذكرناه عن قريب مفصلاً م: (وممن يميل إلى الصحة) ش: أي صحة الكفالة بها م: (الإمام علي البزدوي) ش: وهو فخر الإسلام علي ابن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي لا أخاه صدر الإسلام محمد بن محمد بن الحسين ابن عبد الكريم النسفي وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ الإمام أبي المنصور محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي .

م: (وأما القسمة فقد قيل: هي النوائب بعينها أو حصة منها) ش: أي أو حصة الرجل من النوائب ، يعني إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة ككري النهر المشترك فأصاب واحداً شيء من ذلك فكفل به رجل صحت الكفالة بالإجماع ، قيل ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقدير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله عز وجل : ﴿ من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال ﴾ م: (البقرة الآية ٩٨) ش: وقال المصنف م: (والرواية بأو) ش: أي بكلمة أوعلى تقدير أن تكون القسمة حصة من النوائب، لأن القسمة إذا كانت حصة منها فهو محل أو ، أما إذا كانت هي النوائب بعينها فهو محل الواو .

م: (وقيل : هي النائبة الموظفة الراتبة) ش: أي المقاطعات الديوانية في كل شهر أو ثلاثة أشهر كذا في «الفوائد الظهيرية» ، وفسروها في شروح «الجامع الصغير» بأجرة الحارس ونحوها م: (والمراد بالنوائب) ش: أي بالنوائب المذكورة أولاً م: (ما ينوبه غير راتب) ش: أي ما ينوب الشخص مما هو غير متعارف ولا موظف م: (والحكم ما بيناه) ش: يعني جواز الكفالة فيما كان بحق بالاتفاق ، واختلاف المشايخ فيما كان بغير حق .

م: (ومن قال لآخر : لك علي مائة إلى شهر وقال المقر له : هي حالة فالقول قول المدعي) ش: وهذه والتي بعدها من مسائل «الجامع الصغير» ، وهي قوله م: (ومن قال:ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر ، وقال المقر له: هي حالة فالقول قول الضامن) ش: أي في ظاهر الرواية ، وقال قاضي خان في «شرح الجامع الصغير» قال الشافعي : القول قول المقر في الفصلين على ما يجيء . م: (ووجه الفرق) ش: بين المسألتين م: (أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقًا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل) ش:

وفي الكفالة ما أقر بالدين ؛ لأنه لا دين عليه في الصحيح ، إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ، ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بالشرط ، فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار . أما الأجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط إن كان مؤجلاً على الأصيل. والشافعي ألحق الثاني بالأول .

والمقر له ينكر ذلك فالقول قول المنكر في الشرع م: (**وفي الكفالة ما أقر**) ش: أي الكفيل م: (**بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح**) ش: من الجواب ، ولهذا لو أقر بدين الطالب الكفيل فرده الكفيل لا يرتد برده فعلم أن لا دين عليه م: (**إنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر**) ش: والمكفول له يدعي حق المطالبة لنفسه في الحال ، والضامن ينكر ذلك القول فالقول للمنكر .

فإن قيل : فعلى هذا التقدير تتعطل الكفالة عن موجبها ، وهو إلزام المطالبة ، فينبغي ألا يكون القول للضامن قلنا : لايتعطل لأن التزام المطالبة إما للحال أو في المستقبل وقد وجد منها التزام المطالبة في المستقبل ، فكانت صحيحة ، إليه أشار في «الفوائد الظهيرية» .

م: (**ولأن الأجل في الديون عارض**) ش: هذا بيان فرق آخر ذكره لمن له زيادة استكبار في الاستقضاء ، لأن الفرق الأول إقناعي جدلي لدفع الخصم في المجلس ، ومبنى هذا الفرق على ما لا يثبت لشيء إلا بشرط لم يثبت له ذلك ، فكان عارضًا . والأجل في الديون بهذه المثابة م: (**حتى لا يثبت إلا بالشرط**) ش: لأن ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الأجل إلا بالشرط م: (**فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار**) ش: إذا ادعى أحد المتعاقدين خيار الشرط وينكر الآخر فالقول لمنكر الشرط مع اليمين .

م: (**أما الأجل في الكفالة فنوع منها**) ش: أي نوع من الكفالة ، يعني أن الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة م: (**حتى يثبت من غير شرط إن كان مؤجلاً على الأصيل**) ش: لأن الأجل في الكفالة ذاتي ، فإذا كان ذاتيًا كان إقراره نوع منها فلا يحكم بغيره ، فكان القول قوله .

م: (**والشافعي ألحق الثاني بالأول . وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني**) ش: هكذا وقع في عامة النسخ وليس بصحيح ، بل الصحيح عكسه ، فإن الشافعي ألحق الأول بالثاني ، وأبا يوسف ألحق الثاني بالأول وذلك لأن الشافعي قال : القول للمقر في الفصلين جميعًا ، وبيانه أن الشافعي ألحق الإقرارَ بالدين ، بالإقرار بالكفالة ، حيث صدق المقر بالدين المؤجل كما صدقنا المقر بالكفالة وأبو يوسف ألحق الإقرار بالكفالة المؤجلة بالإقرار بالدين المؤجل حيث لم يصدق المقر فيهما جميعًا .

وفي «الكافي» : ما ذُكرَ في الهداية أن الشافعي ألحق الثاني بالأول مشكل ، لأن مذهبه على عكسه فيحتمل أن يكون له قولان ، أو لفظ المصنف الشافعي ألحق الأول بالثاني وأبو يوسف

وأبو يوسف فيما يروى عنه ألحق الأول بالثاني ، والفرق قد أوضحناه . قال : ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ الكفيل ، حتى يقضي له بالثمن على البائع ؛ لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصيل رد الثمن ، فلا يجب على الكفيل ، بخلاف القضاء بالحرية ؛ لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل ، وعن أبي يوسف -رحمه الله- أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق ، وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل .

الثاني بالأول ، وهكذا في شرح البزدوي الظهيري وقع الخطأ من الكاتب . وقال الأكمل -رحمه الله- : فمن الشارحين من حمل على الروايتين عن كل واحد منهما . ومنهم من حمله على الغلط ولعله أظهر م: (**والفرق**) ش: بين المسألتين م: (**قد أوضحناه**) ش: عند قوله : ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ثم ادعى حقًا لنفسه . . إلى آخره .

م: (قال) ش: أي محمد -رحمه الله- في « الجامع الصغير» : م: (**ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك**) ش: وتفسير الدرك مر م: (**فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له بالثمن على البائع لأن بمجرد الاستحقاق**) ش: أي القضاء بالاستحقاق والقضاء بالمبيع للمستحق م: (**لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع**) ش: لأن احتمال الإجازة ثابت ، أي لأن احتمال إجازة المستحق البيع ثابت م: (**فلم يجب له على الأصيل رد الثمن ، فلا يجب على الكفيل**) ش: لأن الكفالة محل للضمان عن غيره فلم يقض على الأصيل ، لأنه قد يجب التحمل على الكفيل ، وإنما قيد بقوله : في ظاهر الرواية احترازًا عن رواية «الأمالي» . قال الفقيه أبو الليث -رحمه الله- في «شرح الجامع» قال أبو يوسف في «الأمالي» له أن يأخذ الكفيل قبل أن يقضي على البائع ، وهو رواية عن أبي حنيفة ، وبه قالت الأئمة الثلاثة . م: (**بخلاف القضاء بالحرية ؛ لأن البيع يبطل بها**) ش: حيث ينتقض البيع بمجرد القضاء بها م: (**لعدم المحلية**) ش: أي محلية البيع م: (**فيرجع**) ش: أي المشتري م: (**على البائع والكفيل**) ش: أي وعلى الكفيل أيضًا إن شاء م: (**وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنه يبطل البيع بالاستحقاق فعلى قياس قوله يرجع بمجرد الاستحقاق وموضعه**) ش: أي موضع هذا م: (**أوائل الزيادات في ترتيب الأصل**) ش: أراد بترتيب الأصل المحلية ، أي ترتيب محمد -رحمه الله- فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأذون مخالفًا لترتيب سائر الكتب تبركًا بما أملى به أبو يوسف ، فإن محمدًا أخذ ما أملى أبو يوسف بابًا بابًا وجعله أصلاً وزاد عليه من عنده ما يتم به تملك الأبواب ، فكان أصل الكتاب من تصنيف أبي يوسف وزيادته من تصنيف محمد ، فلذلك سماه كتاب «الزيادات» .

وكان ابتداء إملاء أبي يوسف في هذا الكتاب من أبواب المأذون ، ولم يغيره محمد تبركًا

ومن اشترى عبداً فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل ، لأن هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه ، وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها، بخلاف الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفاً . ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة ،

به ، ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذي عليه اليوم ، والزعفراني هذا تلميذ محمد بن الحسن .

م: (**ومن اشترى عبدًا فضمن له رجل بالعهدة فالضمان باطل**) ش: هنا ثلاث مسائل : ضمان العهدة وضمان الدرك وضمان الخلاص .

فضمان الدرك جائزة باتفاق أصحابنا ، وضمان العهدة باطل عندهم بالاتفاق ، وضمان الخلاص باطل عند أبي حنيفة وجائز عندهما ، وأما ضمان العهدة فقد ذكر في «الجامع الصغير» أنه باطل ولم يحك خلافًا ، وذكر بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك .

وذكر الصدر الشهيد في «أدب القاضي» للخصاف : أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- وهو الرجوع بالثمن على البيع عند الاستحقاق ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، وعند أبي حنيفة شرط .

وفي تفسير الصك الأصل الذي كان عند البائع يشترط أن يسلمه إليه ، وهذا شرط لا يقتضيه العقد أو لأحد المتعاقدين فيه منفعة فكان باطلاً والضمان به باطل أيضًا، لأنه التزام شيء لا يقدر عليه م: (**لأن هذه اللفظة**) ش: أي لفظة العهدة م: (**مشتبهة**) ش: في المراد لاشتراكها فلا يجب العمل به قبل البيان لأنها م: (**قد تقع**) ش: أي قد تطلق م: (**على الصك القديم**) ش: لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهد فسمي عهدة لأنه م: (**وهو**) ش: أي الصك القديم م: (**ملك البائع فلا يصح ضمانه ، وقد تقع على العقد**) ش: لأن العهدة أخذت من العهد ، والعهد والعقد سواء م: (**وعلى حقوقه**) ش: أي وقد تقع هذه اللفظة على حقوق العهد ؛ لأنها من ثمرات العقد م: (**وعلى الدرك**) ش: أي وقد يقع على الحديث عهدة الرقيق ثلاثة أيام م: (**وعلى الخيار**) ش: أي خيار الشرط م: (**ولكل ذلك وجه**) ش: يجوز الحمل به عليه فصار بهما م: (**فتعذر العمل بها**) ش: قبل البيان فيبطل الضمان للجهالة .

م: (**بخلاف الدرك**) ش: حيث يصح ضمان الدرك م: (**لأنه**) ش: أي لأن ضمان الدرك م: (**استعمل في ضمان الاستحقاق عرفًا**) ش: فيصح .

م: (**ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة**) ش: وبه قال أحمد في رواية واختاره القاضي

لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لا محالة ، وهوغير قادر عليه . وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فيصح .

الحنبلي م: (**لأنه**) ش: أي لأن ضمان الخلاص م: (**عبارة عن تخليص المبيع**) ش: عن الاستحقاق م: (**وتسليمه**) ش: أي وتسليم المبيع إلى المشتري م: (**لا محالة وهو غير قادر عليه**) ش: لأن المبيع إذا خرج حرًا أو مستحقًا كيف يخلصه .

م: (**وعندهما**) ش: أي وعند أبي يوسف ومحمد -رحمهما الله- م: (**هو**) ش: أي ضمان الخلاص م: (**بمنزلة الدرك**) ش: أي بمنزلة ضمان الدرك م: (**وهو تسليم المبيع**) ش: وهو أن يشترط على البائع أن المبيع إن استحق من يده يخلصه م: (**أو قيمته**) ش: أو أن يسلم قيمة المبيع إن عجز عن تسليم المبيع ، فإذا كان كذلك م: (**فيصح**) ش: أي ضمان الخلاص ، هذا الذي ذكره المصنف ، ذكره المحبوبي في جامعه وقاضي خان .

وقال شمس الأئمة : تفسير شرط الخلاص أن يشترط على البائع أن المبيع إن استحق من يده يخلصه ويسلمه بأي طريق يقدر عليه وهذا باطل لأنه شرط لا يقدر على الوفاء به ، إذ المستحق ربما لا يساعده عليه ، ولهذا ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف -رحمهما الله- كانا يكتبان في الشروط فما أدرك فلان بن فلان قبل فلان خلصه أو رد الثمن ، وإن لم يذكر رد الثمن يفسد البيع لأنه يبقى الضمان بتخليص المبيع ، وأنه باطل ، وعلم من هذا أن الخلاف فيما إذا ذكر ضمان الخلاص مطلقًا . أما إذا ذكر بخلاص المبيع أو رد الثمن يجوز بالإجماع ، والله أعلم .

***

باب كفالة الرجلين

وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، كما إذا اشتريا عبداً بألف درهم ، وكفل كل واحد منهما عن صاحبه ، فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة ؛ لأن كل واحد منهما في النصف أصيل ، وفي النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة ؛ لأن الأول دين والثاني مطالبة ، ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول ، وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه ؛

م: (باب كفالة الرجلين)

ش: أي هذا باب في بيان حكم كفالة الرجلين ، ولما ذكر كفالة الواحد عقبه بكفالة الاثنين، إذ الاثنان بعد الواحد وجودًا ، وكذا ذكرًا .

م: (**وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه**) ش: أي لرب الدين ، وهذا لفظ القدوري في «مختصره» . وذكر المصنف نظير الدين الكائن على اثنين من «الجامع الصغير» بقوله م: (**كما إذا اشتريا**) ش: أي الاثنان م: (**عبدًا بألف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه**) ش: لما ذكر هذا من «الجامع» أتم لفظ القدوري بقوله م: (**فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة**) ش: هذا جواب المسألتين ، ثم عللهما بقوله م: (**لأن كل واحد منهما في النصف أصيل ، وفي النصف الآخر كفيل ، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة ؛ لأن الأول دين**) ش: الأول هو الأصالة وهو دين ، لأنه أداء بحقيقة الدين .

م: (**والثاني**) ش: هو حق الكفالة م: (**مطالبة**) ش: لأن ما عليه بطريق الكفالة من ثمرات الدين وهو المطالبة م: (**ثم هو**) ش: أي الثاني وهو المطالبة بالدين بالكفالة م: (**تابع للأول**) ش: أي الدين وفي «المحيط» الدين أقوى من المطالبة ، ألا ترى أن الطالب يملك إخراجه عن المطالبة ولا يملك في حق ما لزم الأصيل ، فلما لم يستويا في القوة لم تثبت المعارضة م: (**فيقع عن الأول**) ش: أي عن حق الأصالة لأنه أقوى ، لأن الأصل فرق التبع .

م: (**وفي الزيادة**) ش: أي على النصف م: (**لا معارضة**) ش: لأنه لم يبق معارضة الأصل م: (**فيقع عن الكفالة**) ش: فيرجع فيما أدى فيما وراءه النصف م: (**ولأنه**) ش: دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف ، فإنه جعل نقيض المدعي وهو الرجوع على صاحبه مستلزمًا لمحال وهو رجوع صاحبه المستلزم للدور فإنه قال م: (**لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه**) ش: لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لأنه يؤدي إلى الدور فلم يرجع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه .

لأن أداء نائبه كأدائه فيؤدي إلى الدور . وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلاً كان أو كثيراً . ومعنى المسألة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك ، والمطالبة متعددة فيجتمع الكفالتان على ما مر ، وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح الكفالة عن الأصيل ، وكما تصح الحوالة من المحتال عليه . وإذا عرف هذا فما أداه أحدهما وقع شائعاً عنهما إذ الكل كفالة ،

وقوله م: (**لأن أداء نائبه كأدائه**) ش: بيان للملازمة ، وتقريره أن صاحب المؤدي يقول له : أنت أديت عني بأمري فيكون ذلك كأدائه ، ولو أديت بنفسي كان لي أن أجعل المؤدى عنك ، فإن رجعت علي وأنا كفيل عنك قائمًا أجعله عنك فأرجع عليك ، لأن ذلك الذي أديته عني فهو كأدائي في التقدير .

ولو أديت حقيقة رجعت عليك ففي تقدير أدائي كذلك ، والشريك الآخر يقول مثل ما قال م: (**فيؤدي إلى الدور**) ش: ولم يكن في الرجوع فائدة فجعلنا المؤدي عن نصيبه خاصة إلى تمام النصف لينقطع الدور ، بخلاف الزيادة على النصف ، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه ، إذ ليس على شريك بحكم الأصالة إلا النصف ، فيفيد الرجوع .

م: (**وإذا كفل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلاً كان أو كثيرًا ، ومعنى المسألة في الصحيح**) ش: قال تاج الشريعة : قوله في الصحيح ، أي كفل كل واحد منهما مجموع الدين لرب الدين ثم صار كل واحد كفيلاً عن صاحبه بجميع المال . وقال الأكمل : وإنما قال في الصحيح لتتأتى الفروع المبنية على ذلك فإنه قال على الأصيل . . . إلى آخره ، على ما يأتي عن قريب إن شاء الله تعالى .

وقال الكاكي : إنما قال في الصحيح لأنه لو جعل كل واحد منهما كفيلاً بالنصف لما صح النصف الذي يأتي م: (**أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة**) ش: لأن كل واحد من الكفيلين مطالب بالكل من جهة الأصيل ، ومطالبة بالكل أيضًا من جهة الكفيل م: (**فيجتمع الكفالتان**) ش: فتعددت المطالبتان لتعدد الكفالتين م: (**على ما مر**) ش: إشارة إلى أن الكفالة التوثق ، وعند اجتماع الكفالتين ، يزداد التوثق م: (**وموجبها**) ش: أي موجب الكفالة م: (**التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل ، كما تصح الكفالة عن الأصيل ، وكما تصح الحوالة من المحتال عليه**) ش: أي كما تصح حوالة المحتال عليه بما جعل ما عليه على آخر ، والجامع بينهما التزام ما وجب .

م: (**وإذا عرف هذا**) ش: أي الذي ذكرناه م: (**فما أداه أحدهما وقع شائعًا عنهما إذ الكل كفالة**)

فلا ترجيح للبعض على البعض ، بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ، ولا يؤدي إلى الدور ؛ لأن قضيته الاستواء ، وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ، ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه بخلاف ما تقدم ، ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه ، وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره . قال: وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع ؛لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل ، والآخر كفيل عنه بكله على ما بيناه ، ولهذا يأخذه به .

ش: فيقع شائعًا م: (**فلا ترجيح للبعض على البعض**) ش: لأن الكل كفالة م: (**بخلاف ما تقدم**) ش: أي في المسألة الأولى حيث لا يرجع على صاحبه ما لم يزد على النصف ، لأن أداء النصف كان بحق الأصالة والنصف الآخر بحق الكفالة م: (**فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدي إلى الدور ، لأن قضيته الاستواء**) ش: الاستواء بهما في العلة وهي ضمان الكفالة ، فلما كان كذلك كان لمن أدى ولاية الرجوع على صاحبه بنصف ما أدى، لأنه مستو لصاحبه في التزام بجهة فوجب أن يستويا في العزم بسببه .

م: (**وقد حصل**) ش: أي الاستواء م: (**برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقض برجوع الآخر عليه**) ش: لأنه لو رجع الشريك على هذا المؤدي ما بقيت المساواة م: (**بخلاف ما تقدم**) ش: لأن كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه بكفالة ولو لم يكن عن شريكه وجعل المؤدي عن الكفالة يؤدي إلى الدور كما تقدم .

م: (**ثم يرجعان على الأصيل لأنهما أديا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه**) ش: وهو صاحبه الذي كفل عنه م: (**وإن شاء رجع**) ش: عطف على قوله رجع شريكه بنصفه قليلاً كان أو كثيرًا ، أي وإن شاء من أدى فيهما شيئًا رجع م: (**بالجميع**) ش: أي بجميع ما أدى م: (**على المكفول عنه لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره**) ش: ولو كان أحدهما كفيلاً عن المكفول فقط لم يكن له رجوع على الأصيل .

م: (**قال**) ش: قيل الظاهر أن قائله محمد . قلت : الظاهر أن قائله المصنف لأن المسألة ما ذكرها إلا شرح الجامع الصغير ، وقال الأترازي : قالوا في شروح الجامع الصغير م: (**وإذا أبرأ رب المال أحدهما**) ش: أي أحد الكفيلين م: (**أخذ الآخر**) ش: أي الكفيل الآخر م: (**بالجميع**) ش: أي بجميع الدين م: (**لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل فبقي المال كله على الأصيل ، والآخر كفيل عنه بكله**) ش: أي بكل الدين فيطالب بذلك م: (**على ما بيناه**) ش: إشارة إلى قوله : وبالكل عن الشريك .

م: (**ولهذا**) ش: أي ولأجل بقاء المال كله على الأصيل م: (**يأخذه به**) ش: أي يأخذ رب

قال : وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الدين ، لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة . ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف ؛ لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين . قال : وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه. ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانًا ، وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه ، فيكون عتقهما معلقًا بأدائه ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه ، وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى ، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ، ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة .

المال الكفيل الذي لم يبرأ به بجميع الدين .

م: (**قال**) ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: (**وإذا افترق المتفاوضان**) ش: أي شريكا المفاوضة وعليهما دين م: (**فلأصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاؤوا بجميع الدين ؛ لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف في الشركة**) ش: أي المفاوضة شركة عامة تبتنى على التوكيل من كل واحد منهما صاحبَهُ فيما كان من أعمال التجارة ، وعلى الكفالة بما كان من ضمان التجارة م: (**ولا يرجع أحدَهما**) ش: أي أحد المتفاوضين م: (**على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين**) ش: في مسألة أول الباب .

م: (**قال**) ش: أي قال : محمد - رحمه الله - في «الجامع الصغير» : م: (**وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة**) ش: بأن قال كاتبتكما على ألف إلى سنة قيد بالكفالة الواحدة ، لأن المولى إذا كاتب كل واحد منهما على حدة وكفل أحدهما عن الآخر لا يصح ذلك قياسًا واستحسانًا ، إذ الكفالة ببدل الكتابة لا تصح بإجماع الأئمة الأربعة ، أما لو كانت الكتابة واحدة تصح استحسانًا عندنا، ولا يصح قياسًا ، وبه قالت الأئمة الثلاثة ، م: (**وكل واحد منهما**) ش: أي من العبدين م: (**كفيل عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه**) ش: أي وجه هذا المذكور م: (**أن هذا العقد جائز استحسانًا**) ش: لا قياسًا لأنه باطل قياسًا ، لأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملك التبرع م: (**وطريقه**) ش: أي طريق جوازه استحسانًا م: (**أن يجعل كل واحد منهما أصيلاً في حق وجوب الألف عليه ، فيكون عتقهما معلقًا بأدائه**) ش: أي بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما : إن أديت الألف فأنت حر م: (**ويجعل كفيلاً بالألف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب**) ش: أي في كتاب المكاتب م: (**إن شاء الله تعالى . وإذا عرف ذلك**) ش: أي ما ذكره م: (**فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما**) ش: في العلة وهي أن كل البدل مضمون على أحدهما بعقد الكتابة ، ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل .

م: (**ولو رجع بالكل**) ش: أي بكل الألف الذي هو البدل م: (**لا تتحقق المساواة**) ش: وكذا إذا

قال : ولو لم يؤديا شيئًا حتى أعتق المولى أحدهماجاز العتق لمصادفته ملكه ، وبرئ عن النصف لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق ، وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر؛ لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما ، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان . وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلاً برقبتهما ، فلهذا يتنصف ، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي ؛ لأنه مؤد عنه بأمره ، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء ؛ لأنه أدى عن نفسه ، والله أعلم .

لم يرجع بشيء م: (**قال: ولو لم يؤديا شيئًا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق لمصادفته ملكه**) ش: أي لمصادفة العتق المولى م: (**وبرئ عن النصف**) ش: أي وبرئ العتق عن نصف البدل م: (**لأنه ما رضي بالتزام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق ، وما بقي وسيلة فيسقط**) ش: أي النصف م: (**ويبقى النصف على الآخر**) ش: أي يبقى النصف الآخر على العبد الآخر م: (**لأن المال في الحقيقة مقابل برقبتهما**) ش: حتى يكون موزعًا منقسما عليهما م: (**وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالاً لتصحيح الضمان**) ش: بأن يجعل كأن كل البدل على كل واحد منهما بحكم الأصالة لا الكفالة ، فكان ضروريًا لا يتعدى غير موضعهما .

م: (**وإذا جاء العتق استغنى عنه**) ش: أي عن الاحتمال م: (**فاعتبر مقابلاً برقبتهما فلهذا يتنصف**) ش: وعورض بأنه إذا كان مقابلاً بهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع ما لم يزد المؤدي على النصف لئلا يلزم الدور كما مر .

وأجيب : بأن الرجوع بنصف ما أدى إنما هو للتحرز عن تفرق الصفقة على المولى، لأن المؤدي لو وقع عن المؤدي على الخصوص برئ بأدائه عن نصيبه وعتق ، لأن المكاتب إذا أدى ما عليه من بدل الكتاب عتق والمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعًا ويعتقًا جميعًا ، فكان كالتخصيص إضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعنا المؤدى عنهما جميعًا ، وإذا بقي النصف على الآخر .

م: (**وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء**) ش: أي العبدين المكاتبين م: (**المعتق**) ش: بفتح التاء ، أي يأخذ المعتق م: (**بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، فإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لأنه مؤد عنه بأمره ، وإن أخذ الآخر لم يرجع**) ش: أي الآخر م: (**على المعتق بشيء ؛ لأنه أدى عن نفسه ، والله أعلم**) ش: قال الأترازي ولنا فيه نظر ، لأن مطالبة المولى المعتق بحكم الكفالة والكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ، وإذا سقط النصف بالعتق سقط مطالبة بالأصالة وبقي

....

المطالبة بالكفالة وهي باطلة ، فينبغي أن لا يطالبه المعتق أصلاً ، انتهى .

والجواب عنه : أن الكفالة ببدل الكتابة ابتداء لا تجوز ، ولهذا جعلنا البدل على كل واحد منهما تصحيحًا للكتابة على هذا الوجه بقدر الإمكان ، أما بعد عتق أحدهما صار كفيلاً عن العتق ببدل الكتابة بقاء ، فيجوز ذلك بقاء ، وإن لم يجز ابتداء والله أعلم .

***

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال ؛ لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة ، إلا أنه لا يطالب به لعسرته ، إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به ، والكفيل غير معسر، فصار كما إذا كفل عن غائب أو مفلس ، بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ، ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق ؛ لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق ، فكذا الكفيل لقيامه مقامه . قال : ومن ادعى على عبد مالاً وكفل له رجل

م: (**باب كفالة العبد وعنه**)

ش: أي هذا باب في بيان كفالة العبد عن الآخر وكفالة الآخر عن العبد ، وأخر هذا الباب، لأن الحر مقدم على العبد لشرفه .

م: (**ومن ضمن عن عبد مالاً لا يجب عليه حتى يعتق**) ش: لا يجب عليه صفة لقوله مالاً لا يجب جواب المسألة ، إذ هي جملة فعلية وقعت صفة للنكرة وجواب المسألة هو قوله **فهو حال** ، صورة المسألة في « الجامع الصغير » : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالاً ولا غير حال ، وهو معنى قوله : م: (**ولم يسم حالاً ولا غيره فهو حال**) ش: أي الضمان على الكفيل حال م: (**لأن المال حال عليه**) ش: أي على العبد م: (**لوجود السبب وقبول الذمة ، إلا أنه**) ش: أي أن العبد م: (**لا يطالب به لعسرته ، إذ جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض**) ش: أي المولى م: (**بتعلقه به**) ش: أي بتعلق الدين بالعبد .

م: (**والكفيل غير معسر فصار كما إذا كفل عن غائب**) ش: فإن الكفيل يؤخذ به في الحال إن عجز الطالب عن مطالبة الأصيل م: (**أو مفلس**) ش: بتشديد اللام المفتوحة ، أي فصار أيضًا كما إذا كفل عن مفلس فإنه يؤاخذ به في الحال .

م: (**بخلاف الدين المؤجل**) ش: حيث يؤخذ الكفيل به بعد الأجل م: (**لأنه**) ش: أي لأن الدين م: (**متأخر بمؤخر**) ش: بكسر الخاء المشددة ، أراد أن الدين المؤجل إذا كفل بواحد لا يطالب قبل حلول الأجل ، لأن الدين ثمة أخر بمؤخر وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه كذلك مؤجلاً م: (**ثم إذا أدى**) ش: أي الكفيل عن العبد المكفول م: (**رجع على العبد بعد العتق ؛ لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق فكذا الكفيل**) ش: لايرجع عليه إلا بعد العتق م: (**لقيامه مقامه**) ش: أي لقيام الكفيل مقام الطالب في المطالبة .

م: (**قال**) ش: أي محمد في «الجامع الصغير» : م: (**ومن ادعى على عبد مالاً وكفل له رجل**

بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل، كما إذا كان المكفول بنفسه حراً . قال : فإن ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته ؛ لأن على المولى ردها على وجه تخلفها قيمتها ، وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل ، فكذا على الكفيل بخلاف الأولى . قال : وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره فعتق فأداه لو كان المولى كفيلاً عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه . وقال

بنفسه فمات العبد برئ الكفيل لبراءة الأصيل) ش: لأنه كفل عن العبد بتسليم نفسه فسقط التسليم عن الأصيل بموته فيسقط عن الكفيل أيضًا ، لأن براءة الأصيل توجب براءة الكفيل م: **(كما إذا كان المكفول بنفسه حرًا)** ش: حيث يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل هنا أيضًا ، والحاصل أن الكفالة بالنفس لا تتفاوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حرًا أو عبدًا . وقال الكاكي : وهذا الحكم لا يختلف إلا أنه ذكر العبد هاهنا ليبني المسألة الثانية عليها ويفرق بينهما م: **(قال : فإن ادعى رقبة العبد فكفل به)** ش: أي بالعبد م: **(رجل فمات العبد فأقام المدعي البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته)** ش: قبل إثبات ذلك بالبينة لأنه لو ثبت ملك المدعي بإقرار ذي اليد أو بنكوله عند التحليف وقد مات العبد في يد ذي اليد قضى بقيمة العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شيء ، لأن إقراره غير حجة على الكفيل إلا إذا أقر الكفيل بما أقربه الأصيل .

وقال التمرتاشي : لا يصدق ذو اليد في موت العبد ويحبس هو والكفيل فإن طال الحبس ضمناه القيمة ، وكذا الوديعة المجحودة م: **(لأن على المولى ردها)** ش: أي رد الرقبة على ذي اليد م: **(على وجه تخلفها قيمتها)** ش: أي تخلف نفس العبد قيمة نفس العبد عند العجز عن ردها م: **(وقد التزم الكفيل ذلك)** ش: لأن الكفالة تحمل الضمان عن المغير م: **(وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل)** ش: لأن ضمان القيمة وجب على الأصيل ووجب على الكفيل أيضًا لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل ، وقد انتقل الضمان في حق الأصيل إلى القيمة فينتقل في حق الكفيل أيضًام: **(بخلاف الأولى)** ش: أي المسألة الأولى حيث لم يجب الضمان على المولى فلا يجب على الكفيل أيضاً ، وفي بعض النسخ بخلاف الأول ، قال الأكمل : أي بخلاف الضمان الأول لأن محل ما التزمه وهو العبد قد مات ، ويسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كفيله .

م: **(قال)** ش: أي محمد في« الجامع الصغير» : م: **(وإذا كفل العبد عن مولاه بأمره)** ش: قيد بالأمر إذ كفالة العبد بغير إذن سيده لا يجوز بإجماع الفقهاء ، إلا عند الشافعي في وجه، وبإذن سيده يجوز إلا في المأذون المستغرق بالدين لا تجوز الكفالة ، وبه قال مالك م: **(فعتق فأداه لو كان المولى كفيلاً عنه فأداه)** ش: أي المال المكفول به م: **(بعد العتق)** ش: أي بعد أن أعتقه مولاه م: **(لم يرجع)** ش: جواب المسألتين م: **(واحد منهما)** ش: أي من المولى والعبد م: **(على صاحبه . وقال**

زفر : يرجع ، ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال على المولى إذا كان بأمره ، أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال . له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهوالرق قد زال . ولنا : أنها وقعت غير موجبة للرجوع ؛ لأن المولى لايستوجب على عبده دينًا ، وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة أبدًا كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه . ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به أو عبد ؛ لأنه دين ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ،

زفر: يرجع) ش: أي كل واحد منهما م: (**ومعنى الوجه الأول**) ش: وهو كفالة العبد عن مولاه بأمره م: (**أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره**) ش: وفي بعض النسخ أن يكون على العبد دين ، وهذا كان مصححًا بخط الثقات وهو الأصح ، لأنه لو كان على العبد دين مستغرق لم تصح كفالة لحق الغرماء ، وإن كان بإذن السيد م: (**أما كفالته**) ش: أي كفالة المولى م: (**عن العبد فتصح على كل حال**) ش: يعني سواء كانت الكفالة بالمال أو بالنفس أو على العبد دين أو لا .

م: (**له**) ش: أي لزفر ، وبه قال الشافعي م: (**أنه**) ش: أي أن الشأن م: (**تحقق الموجب**) ش: بكسر الجيم م: (**للرجوع وهو الكفالة بأمره والمانع وهو الرق قد زال**) ش: يعني امتناع الكفالة كان المانع الرق ، لأن العبد لا يستوجب على مولاه دينًا وقد زال المانع فيرجع .

م: (**ولنا أنها**) ش: أي أن الكفالة م: (**وقعت**) ش: حال كونها م: (**غير موجبة للرجوع ، لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا**) ش: أي لا يستحق م: (**وكذا العبد**) ش: لا يستوجب م: (**على مولاه فلا تنقلب**) ش: أي الكفالة م: (**موجبة أبدًا كمن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه**) ش: أي الغير أو جاز ذلك لا يرجع ، فكذا هذا .

م: (**ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به**) ش: أي بمال الكتابة م: (**أو عبد**) ش: أي أو العبد تكفل به م: (**لأنه دين**) ش: أي لأن مال الكتابة دين غير مستقر ، لأنه م: (**ثبت مع المنافي**) ش: وهو الرق م: (**فلا يظهر**) ش: أي دين بدل الكتابة م: (**في حق صحة الكفالة**) ش: وبه قال أكثر أهل العلم . وعن أحمد في رواية تصح لأنه دين كسائر الديون ، والأصح عنده أيضًا لأن الكفالة به غير جائزة .

وفي «النهاية» التخصيص بمال الكتابة غير مفيد ، فإنه كما لا تجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمولى لا تجوز بدين آخر للمولى سوى مال الكتابة على المكاتب ذكره في «المبسوط» . ولو كان للمكاتب دين على مولاه ولم يكن ذلك الدين من جنس الكفالة فكفل به رجل للمكاتب عن المولى صح ، لأن الأصيل مطلوب بهذا المال مطلقًا فتصح الكفالة .

ولأنه لو عجز نفسه سقط ، ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل ، وإثباته مطلقًا ينافي معنى الضم ، لأن من شرطه الاتحاد . وبدل السعاية كمال الكتابة عند أبي حنيفة ، لأنه كالمكاتب عنده .

وأما العبد التاجر إذا أدان مولاه دينًا ولا دين على العبد وأخذ منه كفيلاً بذلك فالكفالة باطلة وإن كان العبد مديونًا صحت الكفالة ، لأن كسبه حق الغرماء فكان الدين واجبًا في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة ، والكفالة بالنفس مثل ذلك ، فإن العبد إن كان لا دين عليه لا يصح ، وإن كان عليه دين صح .

م: (**ولأنه**) ش: دليل آخر على عدم استقرار مال الكتابة ، أي ولأن المكاتب م: (**لو عجز نفسه سقط**) ش: أي بدل الكتاب م: (**ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل**) ش: دليل آخر على المدعي وهو عدم صحة الكفالة ببدل الكتابة ، ويدل على هذا الوجه ، أي إثبات عقد الكفالة مع سقوط بدل الكتابة بتعجيز النفس في ذمه الكفيل لا يمكن م: (**وإثباته مطلقًا**) ش: أي وإثبات دين الكتابة مطلقًا م: (**ينافي معنى الضم**) ش: الذي هو ركن الكفالة .

وفي «المبسوط» ولو أثبتناه مطلقًا على الكفيل كنا أوجبناه في ذمة الكفيل أكثر ما هو واجب في ذمة الأصيل وذا لا يجوز إذ يجب على الكفيل بالصفة التي تجب على الأصيل تحقيقًا لمعنى الضم م: (**لأن من شرطه**) ش: أي من شرط الضم م: (**الاتحاد**) ش: في صفة الواجب بالكفالة تحقيقًا لمعنى الضم والمطلق غير المقيد .

م: (**وبدل السعاية كمال الكتابة عند أبي حنيفة**) ش: يعني أن الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز فكذلك لا تجوز ببدل السعاية م: (**لأنه**) ش: أي لأن المستسعى م: (**كالمكاتب عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة في عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين والحدود وغيرها ، لكن على اعتبار النكتة الأولى وهو قوله : لأنه ثبت مع المنافي . . . إلى آخره لا على اعتبار النكتة الثانية ، لأن المستسعى لا يسقط عنه بدل السعاية بتعجيز النفس ، والله أعلم .

* * *

كتاب الحوالة

قال : وهي جائزة بالديون ،

م: (كتاب الحوالة)

ش: أي هذا كتاب في بيان أحكام الحوالة ، وجه المناسبة بين الحوالة والكفالة ظاهرة لما في كل منهما التزام ما على الأصيل ، ولهذا يجوز استعارة إحداهما للأخرى ، حتى كانت الحوالة بشرط عدم براءة الأصيل كفالة ، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة اعتباراً للمعنى . وأما وجه تأخير الحوالة لأنها مبرئة عندنا ، والكفالة غير مبرئة والأصل عدم البراءة بعد ثبوت المطالبة والحوالة في اللغة النقل .

وفي «المغرب» أصل تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ، ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل إلى محل يقال أحلت زيداً بما على رجل فاحتال ، أي قبل الحوالة ، وهنا أربعة أشياء ، المحيل وهو الذي عليه الدين ، والمحتال له وهو الدائن ، والمحتال عليه وهو الذي قبل الحوالة ، والمحتال به وهو المال .

وأصل محتال محتول بكسر الواو في الفاعل وبفتحها في المفعول ، وفي اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحتال عليه على سبيل التوثق به .

واختلف المتأخرون من مشايخنا أن الحوالة توجب البراءة عن الديون والمطالبة جميعًا ، أو عن المطالبة دون الدين ، فقال بعضهم : عن المطالبة والدين جميعًا ، حتى أن المحتال له لو أبرأ المحتال عليه عن دين الحوالة أو وهب منه صح . ولو أبرأ المحيل أو وهب منه لم يصح ، ولو بقي الدين على المحيل صح .

وقال بعضهم : توجب البراءة عن المطالبة دون الدين ، حتى أن المحتال له متى أبرأ المحتال عليه عن الدين فالمحتال عليه لا يرجع على المحيل بشيء وإن كانت الحوالة بأمر المحيل . ولو وهب الدين من المحتال عليه رجع إن لم يكن للمحيل عليه دين كالجواب في الكفيل .

وكذا لو أبرأ المحتال عليه لا يرتد برده ، ولو وهب يرتد برده كالجواب في الكفيل

ولو كان على المحتال عليه المطالبة والدين جميعًا كان الإبراء والهبة في حقه سواء فيرتد برده كما في حق الأصيل . ولو وكل المحتال له المحيل بقبض ما على المحتال عليه لا يصح ، ولو لم يكن عليه الدين صح .

م: (**قال: وهي**) ش: أي الحوالة م: (**جائزة بالديون**) ش: لأنها مأخوذة من التحويل وتحويل

لقوله عليه السلام : « من أحيل على مليء فليتبع ». ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصبح كالكفالة ، وإنما اختص بالديون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل، والتحويل في الدين لا في العين. قال : وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال ، والمحتال عليه . أما المحتال فلأن الدين حقه ، وهو الذي ينتقل بها ، والذمم متفاوتة فلابد من رضاه ، وأما المحتال عليه فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه .

الدين من ذمة إلى ذمة ممكن ، فأما الأعيان فالحق المتعلق بها التسليم وذلك لا يكون تحويله إلى غيره . فلهذا لم تصح الكفالة فيها م: (**لقوله عليه السلام**) ش: أي لقول النبي ﷺ : م: (**من أحيل على مليء فليتبع**)[1] ش: الحديث رواه أحمد في مسنده عن سفيان عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة -رضي الله عنه- قال : قال رسول الله ﷺ: «**مطل الغني ظلم، ومن أحيل على مليء فليحتل** ».

ورواه البخاري ومسلم عن أبي الزناد به بلفظ : «**وإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع**». وبلفظ المصنف رواه الطبراني في «معجمه الأوسط» مع زيادة في أوله عن محمد ابن عجلان عن أبي الزناد عن الزعرج عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « **مطل الغنى ظلم ، ومن أحيل على مليء فليتبع** » . وكذلك رواه الترمذي ، ومعناه إذا أحيل أحدكم على مليء فليحتل ، كذا فسره الترمذي .

م: (**ولأنه**) ش: أي ولأن المحتال عليه م: (**التزم ما يقدر على تسليمه**) ش: أي على إيفاء ما التزمه م: (**فتصح كالكفالة**) ش: لأن كل واحد منهما التزم بما على الأصيل فيصح دفعًا للحاجة م: (**وإنما اختص**) ش: أي عقد الحوالة أو الحوالة باعتبار التحويل م: (**بالديون لأنها**) ش: أي لأن الحوالة م: (**تنبئ عن النقل والتحويل . و التحويل**) ش: الشرعي م: (**في الدين لا في العين**) ش: في التحويل في العين الحسي .

م: (**قال**) ش: أي القدوري- رحمه الله- م: (**وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه. أما المحتال**) ش: وهو الدائن م: (**فلأن الدين حقه وهو الذي ينتقل بها**) ش: أي الدين الذي ينتقل بالحوالة م: (**والذمم متفاوتة**) ش: في المطالبة م: (**فلابد من رضاه**) ش: أي رضا المحتال له . ولا خلاف في اشتراط رضاه لأهل العلم .

م: (**وأما المحتال عليه**) ش: أي وأما رضا المحتال عليه م: (**فلأنه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه**) ش: وبه قال الشافعي في وجه . وقيل إنه منصوص في الإمام ، وأصحهما عنده أنه لا حاجة إلى رضاه إذا كان عليه دين للمحيل وبه قال مالك وأحمد ، لأنه محل التصرف فلا

---

(١) رواه أحمد (٢/ ٤٦٣-٤٧١) والترمذي (١٣٠٨) .

وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ، ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه ، وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه ؛ لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره . قال: وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر: لا يبرأ اعتباراً بالكفالة ، إذ كل واحد منهما عقد توثق . ولنا أن الحوالة : النقل لغة ، ومنه حوالة الغراس ، والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها ، أما الكفالة فللضم ،

يشترط رضاه كما لو باع عبداً لا يشترط رضا العبد . وأما إذا لم يكن للمحيل عليه دين فيشترط رضاه بالإجماع .

م: (**وأما المحيل**) ش: أي المديون م: (**فالحوالة تصح بدون رضاه ، ذكره في الزيادات**) ش: والقدوري شرط رضاه كما نقل المصنف عنه بقوله : ويصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه قيد بشرط رضا الثلاثة . قال الأكمل : عسى يعلل القدوري بأن ذوي المروءات قد يأنفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم .

ثم قال : ولعل موضع ما ذكر أن يكون المحيل على المحتال عليه دين بقدر ما يقبل الحوالة ، فإنها حينئذ تكون إسقاط مطالبة المحيل على المحتال عليه فلا تصح إلا برضاه م: (**لأن التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو**) ش: أي المحيل وهو المديون م: (**لا يتضرر به**) ش: أي بتصرف المحتال عليه في حق نفسه م: (**بل فيه نفعه**) ش: أي نفع المحيل م: (**لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره**) ش: هذا فائدة عدم اشتراط رضا المحيل أنه إذا كان له عليه دين لا يرجع المحتال عليه بما أدى بل يتقاصان .

م: (**قال**) ش: أي القدوري م: (**وإذا تمت الحوالة**) ش: بقبول المحتال له والمحتال عليه والمحيل م: (**برئ المحيل من الدين بالقبول**) ش: ولا يرجع الطالب بالدين عليه أبداً إلا بالتوي ، وهذا عند عامة الفقهاء . وعن الحسن أنه لا يرى الحوالة براءة ، إلا أن يبرئه م: (**وقال زفر: لا يبرأ اعتباراً بالكفالة إذ كل واحد منهما عقد توثق**) ش: أي لأن كل واحد من الحوالة والكفالة عقد توثق بحق الكفالة .

م: (**ولنا أن الحوالة النقل لغة**) ش: أي معناها من حيث اللغة بدل كما مر ، والكفالة الضم لغة ويختص كل اسم بموجب معنى ذلك الاسم م: (**ومنه حوالة الغراس**) ش: جمع غرس بالفتح . وفي «العباب» الغرس الشجر الذي يغرس ، والجمع غراس وأغراس م: (**والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها**) ش: أي في الذمة وتبقى الذمة الأولى فارغة ، لأنك إذا حولت الشيء من موضع إلى موضع بقي مكان الأول فارغًا لا محالة .

م: (**أما الكفالة فللضم**) ش: لأنها مشتقة من الكفل وهو ضم الشيء إلى الشيء ، وضم

والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية ، والتوثق باختيار الأملأ والأحسن في القضاء ، وإنما يجبر على القبول إذا فقد المحيل ؛ لأنه يحتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعًا. قال: ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوي حقه . وقال الشافعي -رحمه الله - : لا يرجع وإن توى ؛لأن البراءة قد حصلت مطلقة فلا يعود إلا بسبب جديد .

الشيء إلى الشيء لا يوجب فراغ الأول إلا أن يكون بشرط براءة الأصيل فتصير حوالة، لأنها في معنى الحوالة م: (**والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية**) ش: يعني أن العمل بمعاني اللغات واجب في الأحكام الشرعية ، فلما كان كذلك قلنا : إن الكفالة هي الضم لغة وهو لا يقتضي البراءة ،والحوالة والنقل وهو يقتضي البراءة . واعترض بالحوالة بغير أمر المحيل ، فإنها حوالةصحيحة كما مر ولا نقل فيها ولا تحويل ، وهذا نقض إجمالي .

والجواب : أنا لا نسلم أن لا نقل فيها ، فإنه بسداد الدين ظاهر متحقق ، ولهذا لا يبقي على المحيل شيء .

م: (**والتوثق**) ش: جواب عن قول زفر أن الحوالة ليست مبرئة لأنها للتوثق. وتقرير الجواب: أن معنى التوثق ليس كما ذكره ، بل معناه م: (**باختيار الأملأ**) ش: أي الأقدر على الإيفاء م: (**والأحسن في القضاء**) ش: حتى لا يماطل في قضاء الدين ويؤديه أجدر وأرجح مما كان، وهذا لا يدل على أن الحوالة ليست بمبرئة م: (**وإنما يجبر على القبول**) ش: هذا جواب عن سؤال مقدر ، وهو أن في الحوالة لوكان نقل كما أخبر الطالب المحيل إذا نقد المحيل لأنه حينئذ يكون متبرعًا في قضاء الدين، والمتبرع لو قضى دين غيره لا يجبر الدائن على القبول . وتقرير الجواب أن يقال: إنما يجبر المحتال له على القبول م: (**إذا فقد المحيل ، لأنه يحتمل عود المطالبة إليه**) ش: أي إلى الدائن م: (**بالتوى**) ش: وسيجيء معناه عن قريب ، لأنه إنما ينتقل إلى ذمة أخرى بشرط السلامة ، فإذا توى يرجع م: (**فلم يكن**) ش: أي المحيل م: (**متبرعًا**) ش: يعني في القضاء.

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوي حقه**) ش: هذا عطف على قوله برئ المحيل ، يعني إذا تمت الحوالة بالقبول يرى المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشيء إلا أن يتوى حقه على ما يأتي في معنى التوى م: (**وقال الشافعي - رحمه الله-: لا يرجع وإن توى**) ش: بموت أو إفلاس أو غير ذلك ، وبه قال أحمد والليث وأبو عبيد وابن المنذر.

وعن أحمد : إذا كان المحتال عليه مفلسًا ولم يعلم المطالب بذلك فله الرجوع إلاأن يرضى به بعد العلم ، وبه قال مالك م: (**لأن البراءة قد حصلت مطلقة**) ش: أي لأن البراءة للمحيل قد حصلت مطلقة عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى م: (**فلا يعود إلا بسبب جديد**) ش: كما في

ولنا أنها مقيدة بسلامة حقه له إذ هو المقصود ، أو تفسخ الحوالة لفواته لأنه قابل للفسخ ، فصار كوصف السلامة في المبيع . قال : والتوى عند أبي حنيفة أحد الأمرين وهو : إما أن يجحد الحوالة ويحلف ، ولا بينة له عليه ، أو يموت مفلسًا ؛ لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما ، وهو التوى في الحقيقة . وقالا هذان الوجهان ، ووجه ثالث وهو : أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته ، وهذا الاختلاف بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافًا لهما ؛ لأن المال غاد ورائح .

الإبراء . وقال تاج الشريعة : قوله إلا بسبب جديد وذلك أن يحيل المحتال عليه المحتال على المحيل .

م: (**ولنا أنها**) ش: أي البراءة م: (**مقيدة بسلامة حقه له**) ش: يعني أنها مقيدة بشرط السلامة ، يعني وإن كانت مطلقة لفظًا بدلالة الحال م: (**إذ هو المقصود**) ش: أي وصول الحق إلى المحتال له سالمًا هو المقصود من الحوالة م: (**أو تفسخ الحوالة لفواته**) ش: أي لفوات المقصود م: (**لأنه**) ش: أي لأن عقد الحوالة م: (**قابل للفسخ**) ش: لأنهما لو تفاسخا عقد الحوالة ينفسخ ولو لم يكن قابلاً للفسخ لما انفسخ م: (**فصار كوصف السلامة في المبيع**) ش: يعني أن المشتري إذا وجد بالمبيع عيبًا رجع بنقصان العيب وإن لم يشترط الرجوع فكذلك ها هنا لما حصل التوى ، فات المقصود وهو سلامة الحق في البيع لأنه سلامة المبيع فيرجع بالدين على المحيل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**والتوى عند أبي حنيفة أحد الأمرين ، وهو إما أن يجحد**) ش: أي المحتال عليه م: (**الحوالة ويحلف ولا بينة له**) ش: أي للمحتال له م: (**عليه**) ش: أي على المحتال عليه م: (**أو يموت**) ش: أي المحتال عليه حال كونه (**مفلسًا**) ولم يترك كفيلاً على نفسه للمحتال عليه ولا مالاً معينًا ولادينًا ، وفي الطلبة يقال : ذا فلس أى صار أفلس بعد أن كان صاحب دراهم أو دنانير ، فاستعمل مكان افتقر ، وفلسه القاضي أي قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله م: (**لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما**) ش: أي من الوجهين المذكورين م: (**وهو التوى في الحقيقة**) ش: أي هذا المذكور هو التوى ، وهو من توى الشيء يتوى توى إذا تلف مقصور غير مهموز ، وهوتوى وقا ، وكذا في «الجمهرة» لابن دريد .

م: (**وقالا**) ش: أى أبو يوسف ومحمد م: (**هذان الوجهان**) ش: أي التوى م: (**ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته**) ش: بالشهود م: (**وهذا الاختلاف**) ش: بين أبي حنيفة وصاحبيه م: (**بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده**) ش: أي عند أبي حنيفة م: (**خلافًا لهما**) ش: فإن عندهما يتحقق بحكم القاضي ، وبه قالت الأئمة الثلاثة - رحمهم الله - حتى يعتبر في حق إخراجه من السجن ، وكذا في حق غيره م: (**لأن المال غاد ورائح**) ش: هذا دليل أبي حنيفة .

قال : وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة ، فقال المحيل : أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة، وكان عليه مثل الدين ؛ لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره ، إلا أن المحيل يدعي عليه دينًا وهو منكر والقول للمنكر ، ولا تكون الحوالة إقرارًا منه بالدين عليه لأنها قد تكون بدونه . قال: وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به ، فقال: إنما أحلتك لتقبضه لي، وقال المحتال : لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل، لأن المحتال يدعي عليه الدين ، وهو ينكر ، ولفظة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه ، قال : ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز

وفي «المبسوط» قد يصبح الرجل فقيراً ويمسي غنيًا بأن مات قريب له وترك مالاً كثيراً ميراثًا ولا يعلم به . قوله: غاد فاعل من غدا يغدو غدواً ، والغدو نقيض الرواح وغاد مثل قاض، ورائح من راح يروح رواحًا وهو نقيض الغدو صح من زوال الشمس إلى الليل .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل: أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله إلا بحجة ، وكان عليه**) ش: أي على المحيل م: (**مثل الدين ؛ لأن سبب الرجوع**) ش: وهو قضاء الدين بالأمر كما يقول المصنف م: (**قد تحقق وهو**) ش: أي سبب الرجوع م: (**قضاء دينه**) ش: أي دين المحيل م: (**بأمره**) ش: أي بأمر المحيل م: (**إلا أن المحيل يدعي عليه دينًا وهو منكر ، والقول للمنكر**) ش: لأن الفراغ أصل في الذمم ، والمحيل متمسك بالأصل والطالب يدعي العارض ، فكان اعتبار الأصل أولى ، وبه قال الشافعي في وجه القول للطالب ، وبه قال أحمد في الصحيح عنه .

م: (**ولا تكون الحوالة**) ش: جواب عما يقال : لم لا يجوز أن تكون الحوالة م: (**إقراراً منه بالدين عليه**) ش: وتقرير الجواب أن يقال : إن الحوالة لا تكون إقراراً منه بالدين م: (**لأنها**) ش: أي لأن الحوالة م: (**قد تكون بدونه**) ش: أي بدون الدين على المحال عليه فيجوز انفكاكها عنه .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال: إنما أحلتك لتقبضه لي ، وقال المحتال:لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل ، لأن المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ، ولفظة الحوالة**) ش: جواب عما يقال الحوالة حقيقة في نقل الدين، ودعوى المحيل أنه أحاله ليقبضه له خلاف الحقيقة بلا دليل . فأجاب بقوله: ولفظة الحوالة م: (**مستعملة في الوكالة**) ش: يعني مجازاً لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل فيجوز أن يكون مراده من لفظه ذلك فيصدقه م: (**فيكون القول قوله مع يمينه**) ش: لأن في ذلك نوع مخالفة للظاهر . م: (**قال : ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال بها**) ش: أي بالألف م: (**عليه آخر**) ش: أي على المودع شخصًا آخر م: (**فهو جائز**) ش: هذه من مسائل «الجامع الصغير» ، وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أودع رجلاً ألف درهم ولرجل على المودع ألف درهم فأحال المودع الذي له

لأنه أقدر على القضاء ، فإن هلكت برئ لتقيدها بها ، فإنه ما التزم الأداء إلا منها ، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب ؛ لأن الفوات إلى خلف كالفوات ، وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضًا، وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه، لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل ،

الألف بألفه على المستودع بالألف الذي عنده قال: جائز وهو ضامن م: (**لأنه أقدر على القضاء**) ش: دليل الجواز ، أي لأن المودع بفتح الدال وهو المحتال عليه أقدر على قضاء مال الحوالة من الوديعة م: (**فإن هلكت**) ش: أي الألف الوديعة م: (**برئ**) ش: أي المودع وهو المحتال عليه م: (**لتقيدها بها**) ش: أي لتقيد الحوالة بالألف الوديعة م: (**فإنه ما التزم الأداء إلا منها**) ش: أي من الألف الوديعة وذلك كالزكاة المتعلقة بنصاب معين تسقط بهلاك ذلك النصاب المعين.

م: (**بخلاف ما إذا كانت**) ش: أي الحوالة م: (**مقيدة بالمغصوب**) ش: المعين حيث لا تبطل بهلاكه بل تبقى الحوالة متعلقة بمثله أو بقيمته ، إذ هلاك المغصوب في يد الغاصب يوجب المثل أو القيمة ، فصار كالفوات، أشار إليه بقوله م: (**لأن الفوات إلى خلف**) ش: وهو القيمة م: (**كالفوات**) ش: فكان باقيًا حكمًا ، وقيد الحوالة بالمغصوب بيان لجواز الحوالة بالعين المغصوبة ، وإنها إذا هلكت لا يبرأ الغاصب ، لأن المغصوب إذا هلك وجب على الغاصب بمثله إن كان مثليًا ، وقيمته إن كان قيمياً .

م: (**وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضًا**) ش: يعني أن الحوالة المقيدة كما تكون بالعين كالوديعة والغصب ، تكون مقيدة بالدين أيضًا ، مثل ثمن المبيع . وفي «الكافي»: الأصل أن الحوالة نوعان : مقيدة بدين على المحتال عليه أو بعين في يده بغصب أو بوديعة أو غير ذلك ، ومطلقة وهو أن لا يقيدها المحيل بالدين الذي على المحتال عليه ولا بالعين الذي في يده أو يحيله على رجل ليس عليه دين ولا في يده عين ، فالحوالة المقيدة كما تبطل بموت المحتال عليه مفلسًا ، تبطل بفوات ما قيد به الحوالة إذا كان الفوات لا إلى خلف ، وأما إذا كان الفوات إلى خلف فلا تبطل الحوالة ، لأن الحوالة إلى خلف كالفوات.

م: (**وحكم المقيدة في هذه الجملة**) ش: يعني حكم الحوالة المقيدة بالعين وديعة كانت أو غصبًا أو بالعين م: (**أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال**) ش: حتى إذا دفع المحتال عليه ذلك إلى المحيل ضمن م: (**على مثال الرهن**) ش: لما تعلق به حق المرتهن لم يكن للراهن مطالبة الرهن قبل أداء الدين .

م: (**وإن كان**) ش: أي المحتال م: (**أسوة للغرماء بعد موت المحيل**) ش: كلمة إن واصلة بما قبلها ، وهذا إشارة إلى حكم آخر به يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعدما اتفقا في عدم بقاء

وهذا لأنه لو بقيت له مطالبة به فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال ، بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه به ، بل بذمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو ما عنده . قال : ويكره السفاتج، وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق ،

حق الأخذ للمحيل والراهن ، وهو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو بالدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئًا سوى العين التي له بيد المحتال عليه أو الدين الذي عليه فالمحتال عليه أسوة الغرماء بعد موته خلافًا لزفر .

وأما المرتهن فإنه هلك الرهن يداً وحبسًا فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعًا لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه .

م: (**وهذا**) ش: إشارة إلى قوله : أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه وقد قررناه م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**لو بقيت له**) ش: أي للمحيل م: (**مطالبة به**) ش: أي مطالبة المحتال عليه م: (**فيأخذه منه**) ش: أي من المحتال عليه م: (**لبطلت الحوالة وهي**) ش: أي الحوالة وفي بعض النسخ وهو بالتذكير على تأويل عقد الحوالة م: (**حق المحتال**) ش: أي الطالب م: (**بخلاف المطلقة**) ش: أي الحوالة المطلقة ، أي غير المقيدة بالعين أوالدين م: (**لأنه**) ش: أي لأن الشأن م: (**لا تعلق لحقه به**) ش: أي بحق المحتال بذلك العين أو الدين م: (**بل**) ش: يتعلق م: (**بذمته**) ش: أي بذمة المحتال عليه . وفي الذمة سعة فيجب عليه أداء دين المحيل من مال نفسه وللمحيل أن يأخذ دينه ووديعته وغصبه منه ولا تبطل الحوالة بأخذه .

وهو معنى قوله : م: (**فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه**) ش: أي من الدين أو الغصب م: (**أو ماعنده**) ش: أي أو يأخذ عينه الذي عنده، أي عنده من الوديعة ، ويحتمل أن يراد بما عليه الدين خاصة ، وبقوله : عنده أي عنده من العين سواء كان وديعة أو غصبًا .

م: (**قال**) ش: أي القدوري : م: (**ويكره السفاتج**) ش: وهو جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء تعريب سفته بمعنى الحكم ، وسمي هذا القرض به لإحكام أمره .

وقال في «الفتاوى الصغرى » : السفتج إن كان مشروطًا في القرض فهو حرام ، والقرض بهذا الشرط فاسد ، وإن لم يكن مشروطًا جاز م: (**وهو**) ش: أي السفاتج ذكر الضمير باعتبار الخبر ، وهو قوله م: (**قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق**) ش: صورته أن يدفع إلى تاجر عشرة دراهم قرضًا ليدفعه إلى صديقه في بلد آخر ليستفيد به سقوط خطر الطريق . وقيل: هو أن يقرض إنسانًا مالاً ليقبضه المستقرض في بلد يريده المقرض ،وإنما يدفعه على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق .

وهذا نوع نفع استفيد به ، وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعًا .

م: (**وهذا نوع نفع استفيد به**) ش: أي بالقرض م: (**وقد نهى الرسول عليه السلام عن قرض جر نفعًا**)[1] ش: الحديث رواه علي -رضي الله عنه- ولفظه : قال رسول الله ﷺ : «كل قرض جر نفعًا فهو ربا» . أخرجه الحارث بن أبي أسامة في مسنده وفي سنده سوار بن مصعب ، قال عبد الحق في أحكامه بعد أن أخرجه : هو متروك .

وروي عن جابر بن سمرة أنه قال : قال رسول الله ﷺ : «السفتجات حرام»[2] أخرجه ابن عدي في «الكامل» وأعله بعمرو بن موسى بن وجيه وضعفه عن البخاري والنسائي وابن معين ووافقهم وقال : إنه في عداد من يضع الحديث . وقال الأترازي : مع دعاويه العريضة : والأصل فيه أن النبي ﷺ نهى عن قرض جر نفعًا وسكت عنه ، وكذا قاله الأكمل وسكت عنه ، مع أنه كان في ديار الحديث وكتبها المتنوعة ، والله أعلم .

تم الجزء الثامن من البناية في شرح الهداية ، ويليه الجزء التاسع

مبتدئًا بكتاب أدب القاضي

***

---

(١) ضعيف جداً : قال الحافظ الزيلعي في النصب (٥/ ٣٤) : رواه الحارث بن أبي أسامة في « مسنده » ومن جهة الحارث ذكره عبد الحق في «أحكامه» - في البيوع وأعله بسوار بن مصعب وقال : إنه متروك .

(٢) موضوع : أخرجه ابن عدي في «الكامل » (١/ ٢٦٨) من طريق إبراهيم بن نافع الحلاب ، ثنا عمرو بن موسى بن وجيه عن سماك بن حرب عن جابر بن سمرة - مرفوعاً وأعله بعمرو بن موسى وقال : إنه في عداد من يضع الحديث .

فهرس المحتويات

كتاب البيوع

كتاب الصرف

كتاب الكفالة

كتاب الوكالة